

**ULACIT**

**UNIVERSIDAD LATINOAMERICANA DE CIENCIA Y TECNOLOGIA**

**PROGRAMA LATINOAMERICANO DE  
DOCTORADO EN DERECHO**

**“ARBITRAJE Y DERECHO PÚBLICO”**

**Sustentante: Aldo MILANO SÁNCHEZ**

**PROYECTO DE GRADUACIÓN PARA OPTAR POR EL  
GRADO DE DOCTOR EN DERECHO**

**San José – Costa Rica  
2007**

## **DECLARACION JURADA**

Yo Aldo MILANO SÁNCHEZ, alumno de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT), declaro bajo la fe de juramento y consciente de la responsabilidad penal de este acto, que soy el autor intelectual de la Tesis de Grado titulada: Arbitraje y Derecho Público, por lo que libero a la ULACIT, de cualquier responsabilidad en caso de que mi declaración sea falsa.

Brindada en San José - Costa Rica en el día veintiocho del mes de julio del año dos mil siete.

Firma del estudiante:

Cédula de Identidad: 1-688-989

Hacer dogmática del Derecho no es hacer conceptualismo horro, o entrar en «el cielo de los conceptos jurídicos», que IHERING describió jocosamente. Es capacidad de construir un entramado institucional complejo, ordenándolo alrededor de unos cuantos vectores arraigados en la naturaleza profunda de la institución de que se trata y dirigiendo toda la operación en función de los valores jurídicos materiales que están presentes en dicha institución. Esta tarea es inexcusable en la ciencia jurídica, y contrasta con los trabajos puramente descriptivos o clasificatorios de normas, sentencias u opiniones ajenas, o con el convencional comparatismo de contrastar soluciones diversas en los distintos sistemas jurídico-positivos. Es una tarea inexcusable porque sólo la dogmática es capaz de alumbrar de las instituciones y su articulación dinámica en servicio de los principios generales del Derecho que sostienen y animan a dichas instituciones para que alcancen su mayor funcionalidad.

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

**A María Lourdes**

## INTRODUCCIÓN

El estudio aborda una temática que ha venido siendo, en el Derecho comparado, objeto de una marcada atención de la doctrina, lo cual no se ha reflejado en el medio costarricense del mismo modo, en tanto escasean investigaciones al respecto.

Del arbitraje y el Derecho público, se ha dicho que son como el agua y el aceite. Para algunos, ambos se repelen al atribuirse al primero, un origen privatista y una lógica incompatible con la imperante en el Derecho público y administrativo.

Sin embargo, lo cierto es que, como señala con razón Sabino Cassese, en el Derecho administrativo se *“está aprendiendo de otras «ramas» del saber que todo conocimiento es un conocimiento histórico; que el análisis de la realidad jurídica constrañe a cambiar continuamente los conceptos, por lo que éstos no tienen vida propia...”*

Por ello, se ha creído oportuno introducirse en una temática como ésta, de modo que se logren diversos cometidos, como son, evaluar a partir de un sólido marco teórico –Capítulo I-, las bases constitucionales del arbitraje en el Derecho público costarricense –Capítulo II-, las manifestaciones que en la praxis administrativa y legislativa se presentan en torno a la actividad administrativa arbitral y los contratos de cooperación público-privados –Capítulo III-, para finalmente, evaluar las exigencias y límites materiales y formales a que está sujeto el arbitraje en el Derecho público costarricense, como modo de solución no judicial de las controversias administrativas –Capítulo IV-.

El estudio es de naturaleza teórica, en tanto expone, con base en la dogmática jurídica, el estado actual del tema objeto de estudio y muestra una determinada tendencia en el uso del arbitraje en sus distintas manifestaciones –propias e

impropias- por parte de las administraciones públicas. Se refleja, además, una pauta jurisprudencial restrictiva en torno a la materia arbitrable.

Por otra parte, se trata de una investigación aplicada, en tanto es útil para apreciar:

- Las bases conceptuales del objeto de estudio;
- Los fundamentos constitucionales del arbitraje en el Derecho costarricense;
- El alcance de la potestad de solución de conflictos interprivatos atribuida a distintas administraciones públicas;
- Los modelos de solución de conflictos definidos a propósito de contratos administrativos de cooperación público-privada;
- La materia arbitrable en procesos en que interviene una administración pública;
- Los requerimientos formales que imperan en los procesos arbitrales de Derecho público.

La investigación ha generado importantes conclusiones, como son el haber determinado las principales razones que han hecho de interés la introducción del arbitraje en el Derecho público costarricense –crisis de la justicia administrativa; el acercamiento del Estado y sus instituciones al ciudadano mediante instrumentos consensuales de ejercicio de las potestades administrativas y las exigencias propias de la internacionalización de las economías.

También se logra demostrar, mediante un estudio histórico constitucional, la secular tradición que antecede la garantía dispuesta en el actual artículo 43 constitucional, identificándose, inclusive, dos etapas: la primera, influenciada por la tradición procesalista europea –de 1821 a 1847-, en donde el arbitraje si bien tuvo relevancia constitucional, la tuvo al amparo de las disposiciones referidas al Poder

Judicial, del cual se veía como auxiliar, y la segunda, en donde se consolida la autonomía del instituto y su carácter de garantía fundamental –de 1859 a la fecha-

A partir de ese momento, es posible señalar que se configuró una garantía fundamental típica o nominada, de carácter civil o de defensa, en clave principal – que no de norma-, por lo que impera en su aplicación, la técnica de la ponderación, conforme a la cual, deberá siempre procurarse su máxima efectividad posible, habida cuenta de las circunstancias del caso.

Se ha comprobado además, que el ordenamiento jurídico costarricense empieza a atribuir a las administraciones públicas, potestades de solución de conflictos *interprivatos*, si bien aún con escasa sistematización.

Es una constante, en la praxis administrativa, además, incluir en los contratos de colaboración público-privados, cláusulas de solución de conflictos escalonadas, si bien no se ha logrado alcanzar una política definida al respecto.

Finalmente, la investigación dejó en clara evidencia las reticencias anti-arbitraje que persisten en la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, cuando lo discutido en vía arbitral, se refiere o relaciona de algún modo, con el ejercicio de potestades de imperio, acudiéndose para ello, al dogma de la indisponibilidad de tales potestades, así como al argumento de que al intervenir un interés público, se está frente a materia indisponible.

Lo cierto es que, ni uno ni otro son criterios jurídicamente sustentables. Más bien, responden a una lógica anti-arbitraje, precedida de un sesgo de desconfianza en la figura.

Se ha logrado sistematizar, además, toda la gama de aspectos de tipo formal que influyen cuando una administración pública decide acudir a la vía arbitral, desde los llamados actos pre-procesales, hasta la propia ejecución del laudo.

Finalmente, en el estudio se realiza una construcción jurídica a partir de una metodología de recolección y proceso de datos que implicó los siguientes pasos:

- Estudio del Derecho aplicable –normativa, doctrina, jurisprudencia-;
- Recolección de datos;
- Proceso de datos;
- Identificación de hallazgos;
- Redacción;
- Conclusiones.

## **I.- JUSTIFICACIÓN**

La utilidad del estudio podría enfocarse de diversas formas. Lo cierto es que, en lo fundamental, representa un primer aporte sistemático en la materia objeto de investigación en el medio costarricense.

El arbitraje en el Derecho público ha venido siendo objeto de un creciente uso en la praxis administrativa costarricense, además de que ha sido objeto de atención por parte del legislador, quizá de modo un tanto atropellado y poco sistemático.

Esto ha permitido que, al socaire de los dogmas que privan en la materia, se hayan producido pronunciamientos que evidencian además de reticencias a la figura, desconocimiento de sus fundamentos, lógica, e inclusive, de la ética que impera en este campo.

Por ello, la utilidad del estudio podría relacionarse con la urgencia de una sistematización de los distintos conceptos que imperan en el arbitraje, así como con un enfoque crítico en contra de una pauta jurisprudencial que contradice el texto constitucional y la normativa desarrollada en el campo, desde la última década del pasado Siglo.

## **II.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

Visto lo señalado, se plantea como problema de investigación, la evaluación sistemática de las distintas manifestaciones del arbitraje en el Derecho público, partiendo de sus bases constitucionales y terminando en el examen de los requerimientos materiales y formales de los arbitrajes en el Derecho público costarricense.

### **1.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

El problema a investigar podría resumirse, por ello, mediante la siguiente interrogante:

**¿Es realmente incompatible el arbitraje con el Derecho Público?**

### **2.- SISTEMATIZACIÓN DEL PROBLEMA**

Dicho problema se ha desglosado mediante diversos subproblemas de investigación:

- ¿cuáles son las razones por las que se habla hoy día del arbitraje en Derecho público?

- ¿cuenta el arbitraje en el Derecho público costarricense con sólidas bases constitucionales?
- ¿asumen las administraciones públicas costarricenses tareas de solución de conflictos *interprivatos*?
- ¿se ha definido una política consistente por parte de las administraciones públicas costarricense, referida a la solución de conflictos por vías no judiciales en sus relaciones de colaboración público-privado?
- ¿cuáles son los verdaderos límites materiales del arbitraje en el Derecho público costarricense?
- ¿cuáles son los requerimientos formales que imperan en el arbitraje de Derecho público en el medio costarricense?

### 3.- MATRIZ BÁSICA DE DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

TEMA	PROBLEMA	OBJETIVOS	
		GENERAL	ESPECIFICOS
El arbitraje en el Derecho público costarricense.	¿Es realmente incompatible el arbitraje con el Derecho Público?	I. Evaluar de modo sistemático, el régimen jurídico del arbitraje en el Derecho público costarricense.	1.- Determinar las causas del interés por el arbitraje, en el Derecho público; 2.- Verificar las bases constitucionales del arbitraje en Costa Rica; 3.- Establecer cómo se han involucrado las administraciones públicas, con el arbitraje; 4.- Determinar el estado de la cuestión en cuanto a los requerimientos materiales y formales del arbitraje en Derecho público.
		II.- Determinar la compatibilidad del arbitraje y el Derecho público en el medio costarricense.	1.- Evaluar, detalladamente, el régimen jurídico de lo arbitrable en CR. 2.- Formular, críticamente, una propuesta <i>lege lata</i> de ajuste de los criterios jurisprudenciales imperantes; 3.- Proponer <i>lege ferenda</i> , ajustes para superar criterios restrictivos en la materia.

#### 4.- MATRIZ DE OPERACIONALIZACION DE VARIABLES

**Problema:** ¿Es realmente incompatible el arbitraje con el Derecho público?

**Variable dependiente:** Los mecanismos de solución de conflictos de la administración pública.

Objetivos	Variables	Indicadores
<b>Generales</b>		
Evaluar de modo sistemático, el régimen jurídico del arbitraje en el Derecho público costarricense.	El sistema jurídico	
Determinar la compatibilidad del arbitraje y el Derecho público en el medio costarricense.	El sistema jurídico	
<b>Específicos</b>		
Determinar las causas del interés por el arbitraje, en el Derecho público;	El sistema jurídico y la praxis administrativa	Justicia adm. Doctrina Entorno eco.
Verificar las bases constitucionales del arbitraje en Costa Rica;	El sistema jurídico y la historia constitucional	Historia constl. Jurisprudencia Doctrina.
Establecer cómo se han involucrado las administraciones públicas, con el arbitraje;	El sistema jurídico y la praxis administrativa	Legislación Jurisprudencia Ctos. PPP.
Determinar el estado de la cuestión en cuanto a los requerimientos materiales y formales del arbitraje en Derecho público.	El sistema jurídico	Jurisprudencia Legislación Doctrina
Evaluar, detalladamente, el régimen jurídico de lo arbitrable en CR.	El sistema jurídico	Jurisprudencia Legislación Doctrina
Formular, críticamente, una propuesta <i>lege lata</i> de ajuste de los criterios jurisprudenciales imperantes;	El sistema jurídico	Legislación Jurisprudencia Doctrina
Proponer <i>lege ferenda</i> , ajustes para superar criterios restrictivos en la materia.	El sistema jurídico	Legislación Jurisprudencia Doctrina.

## INDICE

INTRODUCCIÓN .....	5
--------------------	---

### CAPÍTULO I ASPECTOS CONCEPTUALES

SECCIÓN I.- ¿POR QUÉ HABLAR DE ARBITRAJE EN DERECHO PÚBLICO? .....	20
I.- LA JURISDICCIÓN, SIEMPRE, SERÁ UN RECURSO ESCASO .....	22
1.- La tutela judicial efectiva como derecho fundamental .....	23
2.- La escasez de la jurisdicción es una realidad inexorable.....	29
II.- LA REFORMA ADMINISTRATIVA .....	37
1.- El paso hacia un modelo cooperativo de toma de decisiones vinculantes: el <i>negotiated decision-making</i> .....	38
2.- <i>New public management</i> .....	42
A.- El fenómeno de la <i>agencification</i> .....	43
B.- Las <i>public private partnership</i> .....	45
III.- LAS EXIGENCIAS PROPIAS DEL PROCESO DE INTERNACIONALIZACIÓN .....	47
1.- Los tratados bilaterales de inversión .....	48
2.- Los modelos de solución de conflictos entre inversionista y Estado receptor.....	50
SECCIÓN II.- PRECISIONES CONCEPTUALES .....	51
I.- EL ARBITRAJE COMO NOCIÓN DEL DERECHO COMÚN .....	52
1.- Aspectos históricos .....	52
A.- Antecedentes remotos.....	53
B.- El efecto pendular: el influjo del movimiento <i>Alternative Dispute Resolutions “ADR”</i> .....	56

2.- Las notas que caracterizan al arbitraje: la fijación de su identidad.....	59
A.- El punto de partida .....	59
B.- Tipología .....	69
C.- Algunas nociones cercanas .....	79
D.- El arbitraje en Derecho administrativo .....	80
II.- LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA ARBITRAL .....	82
1.- Actividad administrativa arbitral y procedimientos triangulares .....	83
A.- La teoría de la actividad administrativa arbitral .....	83
B.- El aporte de González Navarro a la teoría: la tesis de procedimiento administrativo arbitral.....	89
2.- Actividad arbitral y autoridades administrativas independientes .....	91
A.- Autoridades administrativas independientes: acercamiento conceptual.....	91
B.- Medios para el ejercicio de sus atribuciones: en especial, la potestad de solucionar conflictos <i>inter privatos</i> .....	94
III.- LAS PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP.....	98
1.- Consideraciones generales en torno a las public private partnership.....	99
2.- El interés de la cláusula de solución de conflictos en el diseño de la relación contractual .....	106
IV.- INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA COMO NOCIÓN JURÍDICA.....	113
1.- La inversión extranjera directa (IED) .....	114
2.- El surgimiento de un derecho de promoción y protección de inversiones extranjeras.....	118
A.- Proceso evolutivo .....	119
B.- Los Tratados Bilaterales de Inversión.....	122
a.- Antecedentes históricos.....	122
b.- Caracterización de los BIT's.....	124
c.- El sistema de solución de controversias Estado-Inversionista típicamente regulado en los BIT's.....	126

**CAPÍTULO II**  
**ARBITRAJE Y DERECHO DE LA CONSTITUCIÓN**

SECCIÓN I.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ARTÍCULO 43 CONSTITUCIONAL .....	131
I.- LA HERENCIA REVOLUCIONARIA EUROPEA .....	131
II.- DEL JURISDICCIONALISMO AL ARBITRAJE COMO GARANTÍA FUNDAMENTAL .....	136
1.- El legado de la tradición procesalista europea .....	137
2.- La consolidación del arbitraje como derecho o garantía fundamental de libertad .....	144
SECCIÓN II.- EL DERECHO FUNDAMENTAL AL ARBITRAJE COMO UN TODO .....	147
I.- EL DERECHO FUNDAMENTAL AL ARBITRAJE EN EL MARCO DEL DERECHO DE LA CONSTITUCIÓN COSTARRICENSE .....	148
1.- Caracterización del derecho .....	148
A.- El derecho fundamental al arbitraje es un “derecho fundamental típico o nominado de carácter autónomo” .....	148
a.- El tratamiento del tema en el Derecho constitucional comparado .....	149
b.- El abordaje del Derecho constitucional costarricense .....	153
B.- El derecho fundamental al arbitraje es un derecho fundamental de carácter civil, de defensa.....	155
C.- La estructura del artículo 143 constitucional.....	159
2.- La libertad jurídica, con respecto a Y, de someter (no someter) a resolución arbitral, una determinada controversia de contenido patrimonial.....	161
II.- DIMENSIÓN OBJETIVA Y SUBJETIVA DEL DERECHO .....	165
1.- El derecho a acciones negativas –derechos de defensa-.....	166
A.- El derecho al no impedimento u obstaculización de la resolución arbitral de una disputa de carácter patrimonial, aún estando pendiente un litigio.....	167
B.- El derecho a que el Estado no elimine la posibilidad jurídica de resolver las disputas por la vía arbitral o judicial .....	170

C.- Examen de la relación triádica. En especial, quién o quienes son los destinatarios de los deberes examinados .....	172
2.- El derecho a acciones positivas .....	178
A.- Las normas de organización.....	179
B.- Las normas de procedimiento.....	181
C.- Las normas de competencia.....	183
SECCIÓN III.- EN TORNO A LOS LÍMITES Y EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES A QUE ESTÁ SUJETO EL ARBITRAJE COMO DERECHO FUNDAMENTAL.....	185
I.- LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES DEL ARBITRAJE.....	185
1.- La patrimonialidad de la disputa.....	186
2.- Los límites dispuestos por el Principio del Debido Proceso.....	192
3.- El orden público como límite al ejercicio del derecho de libertad que envuelve el arbitraje .....	199
4.- La administración de justicia y el derecho a la tutela judicial efectiva.....	206
5.- La legalidad: ¿parámetro intangible en el caso de los arbitrajes de Derecho Público .....	211
II.- LA VOLUNTARIEDAD DEL INSTITUTO COMO EXIGENCIA.....	216
1.- La problemática del arbitraje ex lege: perspectiva del Derecho comparado.....	218
A.- La inconstitucionalidad del “arbitrato obligatorio” .....	218
B.- La tesis del Tribunal Constitucional español en materia de arbitrajes obligatorios .....	223
2.- La postura de la Sala Constitucional con relación al arbitraje ex lege .....	230
A.- La Res. No. 2307-1995: una interpretación conforme con la Constitución que potencia la eficacia del derecho fundamental al arbitraje.....	230
B.- Tropiezos en la doctrina de la Sala Constitucional en materia del arbitraje obligatorio .....	236
a.- Arbitraje obligatorio y contenido esencial del derecho fundamental al arbitraje .....	237
b.- Un nuevo y más preocupante tropiezo: la Res. No. 12405-2006 .....	241

**CAPÍTULO III**  
**ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA ARBITRAL,**  
**PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP Y**  
**ARBITRAJE**

SECCIÓN I.- ¿ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA ARBITRAL EN COSTA RICA? .....	253
I.- RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS <i>INTER PRIVATOS</i> POR PARTE DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS .....	255
1.- Actividad administrativa conciliatoria.....	255
2.- Actividad administrativa arbitral .....	271
II.- AGENCIFICATION Y ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA ARBITRAL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO COSTARRICENSE .....	277
1.- La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos .....	279
2.- A propósito de la apertura de los mercados de telecomunicaciones y seguros .....	285
SECCIÓN II.- ARBITRAJE Y CONVENIOS DE COOPERACIÓN PÚBLICO PRIVADA .....	293
I.- LOS CASOS DE ALTERRA Y RITEVE .....	294
1.- La cláusula de solución de conflictos en el Contrato para la Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios prestados en el Aeropuerto .....	295
A.- Antecedentes del acuerdo arbitral.....	296
B.- Materia arbitrable .....	310
C.- Materia no arbitrable .....	314
2.- El caso del Contrato de Prestación de Servicios para la Creación .....	323
A.- Del acuerdo arbitral y sus antecedentes .....	323
B.- De la incompetencia declarada por la Sala Primera .....	331
II.- LA CLÁUSULA DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA .....	344
1.- Base normativa .....	345

2.- La praxis del Consejo Nacional de Concesiones .....	350
A.- La concesión de la carretera San José Caldera .....	351
B.- El corredor San José-San Ramón .....	361
C.- Las concesiones de gestión de servicios públicos de la Terminal.....	365

**CAPÍTULO IV  
REQUERIMIENTOS MATERIALES Y FORMALES DEL  
ARBITRAJE EN EL DERECHO PÚBLICO  
COSTARRICENSE**

SECCIÓN I.- EL ÁMBITO DE LO ARBITRABLE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO COSTARRICENSE: UNA EVOLUCIÓN RESISTIDA <i>CONTRA LEGEM</i> .....	376
I.- ESTADO DE LA CUESTIÓN .....	377
1.- La doctrina de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia .....	377
A.- Lo arbitrable.....	378
B.- Lo no arbitrable .....	383
2.- La tesis de la C.G.R. y de la Procuraduría.....	400
A.- Lo arbitrable .....	401
B.- Lo no arbitrable.....	404
II.- LA EVOLUCIÓN DESEADA .....	409
1.- La indisponibilidad de las potestades administrativas como obstáculo.....	409
A.- Contexto jurídico-normativo .....	410
B.- En detalle, la doctrina de la Sala Primera de la Corte .....	418
2.- Una propuesta de <i>lege ferenda</i> .....	426
SECCIÓN II.- LA PUESTA EN PRÁCTICA DEL ABITRAJE EN DERECHO ADMINISTRATIVO .....	431
I.- EL ACUERDO ARBITRAL .....	432
1.- Requisitos de la actividad .....	433
A.- Formales .....	433
a.- Contenido discrecional del acto administrativo .....	434
b.- El acto que decide someter el conflicto es un acto complejo....	436
c.- El acto no precisa de autorización, ni de refrendo .....	437

d.- El acto ¿ debe contener una expresa y formal motivación? .....	439
B.- Orgánicos .....	442
C.- Temporales .....	446
2.- Efectos jurídicos .....	448
A.- Procesales .....	449
B.- Económicos .....	453
III.- NATURALEZA DEL ARBITRAJE .....	459
1.- Internacional o doméstico .....	453
2.- Ad Hoc o institucional .....	457
3.- ¿Pericial, de equidad o de Derecho? .....	461
IV.- TRÁMITES PRE-ARBITRALES .....	466
1.- La designación del árbitro por parte de las administraciones públicas.....	467
A.- Del procedimiento de selección del árbitro.....	467
B.- No se requiere refrendo por la naturaleza del contrato .....	474
2.- ¿ Es preciso agotar la vía administrativa? .....	475
V.- ASPECTOS PROCESALES.....	477
1.- Del procedimiento arbitral.....	478
2.- De las medidas cautelares .....	479
3.- Efectos del laudo y su ejecución .....	481
CONCLUSIONES .....	490
BIBLIOGRAFÍA DOCUMENTAL .....	505

# CAPÍTULO I

## ASPECTOS CONCEPTUALES

*“...colocado frente al arbitraje, no existe ningún grupo de juristas que no reaccione vivamente, a favor o en contra, y acaso sea la mejor manera de diagnosticar la concepción del derecho que cada uno tiene, la de preguntarle, en substancia, qué opina del arbitraje, ya que según se manifieste en pro o en contra, habremos descubierto sus últimos pensamientos, metafísicos, más que dogmáticos, sobre lo que el derecho verdaderamente deba ser”.*

Jaime GUASP

Dos exigencias metodológicas básicas, plantean la necesidad, por un lado, de acreditar el interés del objeto de la investigación, además de identificar el marco teórico que servirá de base para alcanzar los hallazgos que en definitiva genere el estudio.

Precisamente con ese fin, se ha estimado imprescindible iniciar la investigación identificando, tanto las variables que han puesto en escena al arbitraje en Derecho administrativo, como de nociones básicas sobre las cuales podrá desarrollarse el presente estudio (Sección I).

Esto último involucra, también, el obligado estudio de algunas de las formas de autocomposición de los conflictos en Derecho administrativo, nociones estrechamente relacionadas con el objeto de esta investigación (Sección II).

## SECCIÓN I.- ¿POR QUÉ HABLAR DE ARBITRAJE EN DERECHO ADMINISTRATIVO?

Si para la cuna del Derecho administrativo, es decir, el Conseil d'Etat, la prohibición para las personas de derecho público de acudir al arbitraje, es uno de los «...*principes généraux du droit public français...*» (Conseil d'Etat, Avis du 6 mars 1986), cabe entonces cuestionarse por qué, en épocas recientes, ese mismo instituto ha empezado a tener algún grado de protagonismo, muy a pesar de una aún mayoritaria reticencia de la doctrina y jurisprudencia en torno a dicho instituto procesal.

Al decir de Foussard (1990), "*les raisons ne manquent*"... (p.6). En efecto, como el propio Conseil d'Etat (1993) lo ha comprobado a propósito de un estudio comparado sobre el tema, "*l'intérêt doctrinal et pratique pour ces questions est croissant partout*" (p. 23).

Chapus (2001) apunta, al respecto, la muestra de « *une tendance a accroître les possibilités pour les personnes publiques de choisir l'arbitrage*» (p.237), lo cual ratifica Gaudemet (1992).

En lo fundamental, luego de un largo proceso de estudio del tema, estimo que es posible identificar tres distintas razones que explican, de forma complementaria y concurrente, el por qué de la incipiente incorporación del arbitraje al Derecho administrativo.

Una primera evidencia se relaciona con la crónica insuficiencia material del aparato judicial. Indistintamente de la especialidad de la jurisdicción contencioso administrativa, *urbis et orbe*, existen claras evidencias de lo escaso que es ese recurso de solución de conflictos (I).

Esto, en principio, no debería preocupar a las administraciones públicas, es decir, a todo aquel sujeto regido por el Derecho público, cómodamente parapetado en la trinchera de la ejecutoriedad y ejecutividad de los actos administrativos y de su presunción de legalidad. La tardanza en la resolución del proceso, en nada le aflige: por regla general –muy a pesar de la garantía de tutela cautelar- los efectos de sus actos administrativos y demás comportamientos, persisten durante el largo y sinuoso trámite del proceso, de modo que poco o nada interesa su pronta resolución a quien ocasionó el conflicto...

Sin embargo, las últimas décadas han generado algunos ajustes en el papel del Estado en la sociedad y en el mundo globalizado que, se estima, han hecho que a la *Potentior Personae*, también, le empiece a interesar el arbitraje, sea porque el proceso de reforma administrativa que se ha venido gestando las últimas décadas, da paso a nuevas formas de acción administrativa (II), o bien, por exigencias propias del proceso de internacionalización de las economías (III).

## **I.- LA JURISDICCIÓN, SIEMPRE, SERÁ UN RECURSO ESCASO...**

Como se ocupó de explicar García de Enterría (1994), la originaria conformación del Estado de Derecho, además del legicentrismo, involucró la consolidación de las distintas ramas e institutos del Derecho público, entre ellos, el Derecho de Organización de Tribunales y Derecho Procesal.

A propósito de la evolución histórica y política que se dio con posterioridad, ese entramado de normas de organización y competencia, llevó al reconocimiento de un derecho público subjetivo: la tutela judicial efectiva, hoy día, de raigambre constitucional y de universal reconocimiento (1).

Lamentablemente, muy a pesar de la exigencia de eficacia de las garantías fundamentales que aportara el modelo de Estado benefactor, es lo cierto que en el caso de la tutela judicial, se presentan múltiples vicisitudes que permiten concluir con Benda (1996) que, inexorablemente, la jurisdicción es un recurso escaso... (2).

### **1.- La tutela judicial efectiva como derecho fundamental**

El paso del Ancien Régime al modelo de Estado de Derecho implicó, entre otras cosas, la ruptura del arcaico y viciado modelo de justicia de la era monárquica.

Si bien la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, en lo que al diseño del nuevo modelo de justicia se refiere, se limitó a una vaga alusión al principio de la separación de poderes, *“formulado genéricamente, sin ninguna precisión organizativa...”*, así como a señalar *“...la necesidad de «la garantía de los derechos»”* (García de Enterría, 1994, pp. 166-167), lo cierto es que ese fue germen suficiente para la posterior construcción de un aparato estatal encargado de impartir justicia, radicalmente alejado del modelo del Ancien Régime.

En efecto, los revolucionarios franceses instituyeron una verdadera organización judicial, *“formulando por primera vez en la historia la separación de la autoridad judicial de los titulares del Ejecutivo”* (García de Enterría, 1994, p.167). Se propició, además, también por vez primera, un sistema objetivo de selección de los jueces y garantías de su independencia funcional.

Inició, de esa forma, lo que hoy día es un requerimiento indispensable e indiscutido de todo Estado de Derecho, es decir, la conformación de un Poder Judicial, de relevancia constitucional y con la clara y monopólica función de impartir justicia de forma independiente, objetiva y motivada, tal y como se dispuso

en la Constitución de 1791 y en la “...*benemérita Ley de 16-24 de agosto de 1790, de Organización Judicial...*” (García de Enterría, 1994, p.174).

A propósito de la idea de la separación de poderes del Barón de Montesquieu, se concibió como tarea exclusiva y excluyente del aparato judicial, impartir justicia. Pasó el Juez, de esa forma, a ser concebido como “*la bouche de la Loi*”.

Como lo señala García Morillo (2003), este diseño incluyó la reserva, al Estado, del monopolio del uso legítimo de la fuerza, cuyo ejercicio se atribuyó al Poder Judicial y, sucesivamente, el reconocimiento del derecho de todo ciudadano de acceder a los órganos judiciales, para que resuelvan los conflictos en los que sean parte.

Es preciso señalar, sin embargo, que como explican Cappelletti y Garth (1996), los Estados liberales “burgueses” durante el final del siglo XVIII y el XIX, si bien reconocieron el acceso a la justicia, no lo hicieron en un plano de igualdad fáctico, sino tan sólo jurídico.

De esta forma, no es sino a propósito de la superación del enfoque individualista decimonónico, que se llega a considerar el acceso a la justicia, en el marco de un sistema igualitario (Cappelletti & Garth, 1996).

Es decir, una vez creado el sistema judicial, se entendió necesario garantizar, en un plano de igualdad, el derecho de toda la ciudadanía a acceder a éste y respecto del cual, no cabe ponderación alguna, al grado que se le califica como un derecho fundamental “*tendencialmente absoluto*” (Díez-Picazo, 2005, p.430).

Se trata de lo que, modernamente, se concibe hoy día como el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho reconocido y concebido como una garantía fundamental cuyos contornos y características vale la pena examinar, aún así sea de forma

sucinta, instituto que, para Díez-Picazo (2005), es una “*creación del constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX*” (p.405).

De esta forma, hoy día cabe caracterizar el derecho a la tutela judicial efectiva, como un derecho que engloba cuatro grandes grupos de derechos: el derecho de acceso a los tribunales –tutela judicial en sentido estricto-; el derecho a un juez ordinario determinado por la ley; el derecho a un debido proceso y las garantías específicas del debido procesal penal (Díez-Picazo, 2005).

Fijado así el contenido del derecho a la tutela jurisdiccional, se deja en clara evidencia su naturaleza prestacional.

Sin perjuicio de la acusada dificultad de discernir con nitidez entre un derecho de defensa y otro prestacional (Borowski, 2003), todo indica que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene carácter prestacional, lo cual hace exigible de parte del justiciable, sendas acciones positivas a cargo del Estado, en los términos que se dirá adelante.

Más concretamente, considerando la tipología de los derechos fundamentales de prestación, cabe caracterizar este derecho fundamental, como un derecho prestacional de protección y a organización y procedimiento.

En cuanto a lo primero, es claro que la tutela jurisdiccional protege frente a amenazas de sujetos de Derecho privado, como también frente a actuaciones del propio Estado -jurisdicción constitucional y contencioso administrativa-.

Pero esa tarea no podría darse si antes el Estado no genera, por un lado, las normas de organización y procedimiento idóneas para hacer ejercicio de tal derecho fundamental –derecho a una acción normativa- y por otro, un marco

institucional encargado de conocer y resolver, en un plazo razonable, las demandas de justicia pronta y cumplida –derecho a una acción fáctica-.

Así, es claro que, en ausencia de las normas de procedimiento, no habría eficacia de la garantía, en la medida en que “...*los procedimientos son sistemas de reglas y/o principios para la producción de un resultado*” (Borowski, p. 146. En el mismo sentido, Alexy, 1993). En este caso, ese resultado es la sentencia que resuelve la disputa sometida al conocimiento del órgano judicial.

Ahora bien, resulta igualmente determinante para la eficacia de esa garantía fundamental, el diseño y organización de las distintas jurisdicciones y órganos de que se componen, así como la asignación de los recursos materiales y humanos en cantidad suficiente, para dar celeridad a la solución de los diferendos planteados por los justiciables.

Se trata, esta última exigencia, de una garantía que dimana del derecho al debido proceso (Díez-Picazo, 2005), consistente en que todo proceso se deberá desarrollar y concluir sin dilaciones indebidas.

Esto último resulta de gran relevancia para este estudio, por lo que merece una puntual atención.

Interesa en ese sentido, hacer referencia a la tesis de una de las cortes de constitucionalidad que mayor atención ha prestado a esta garantía fundamental, es decir, el Tribunal Constitucional español.

Para ese Tribunal, aquellas dilaciones indebidas en el funcionamiento de la justicia ocasionadas por “*defectos de estructura de la organización judicial*”, deben ser objeto de amparo constitucional, por considerarse violatorias de la garantía a un

proceso sin dilaciones (STC 223/1988, citada por González Pérez, 1989, p. 212 y siguientes).

El Tribunal alcanza tal conclusión, siguiendo esta lógica:

3. En una sociedad democrática, el derecho a la recta y eficaz administración de justicia ocupa un lugar de tal preeminencia que una interpretación restrictiva del derecho al proceso sin dilaciones indebidas, garantizado por el art. 24.2 de la Constitución, no corresponderá al sentido y al objeto de este precepto; postulado éste que igualmente se obtiene del principio de interpretación más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, consagrado reiteradamente por nuestra doctrina constitucional, que impide restringir el alcance y contenido del anteriormente citado con base en distinciones sobre el origen de la dilación indebida, que el propio precepto constitucional no establece. Excluir, por lo tanto, del derecho al proceso sin dilaciones indebidas las que vengan ocasionadas en defectos de estructura de la organización judicial sería tanto como dejar sin contenido dicho derecho frente a esa clase de dilaciones.

En efecto, existe una indisoluble relación entre la eficacia de la garantía fundamental de la tutela judicial efectiva –en su vertiente de derecho a un proceso sin dilaciones- y la acción fáctica prestacional del Estado, de diseñar y mantener una estructura orgánica suficiente para atender con la debida celeridad, las demandas de justicia formuladas por la ciudadanía. No atender esa obligación jurídica, implica vulnerar el derecho fundamental aludido.

En suma, es claro que la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva y más concretamente, de la garantía de que los procesos concluyan sin dilaciones indebidas, *“(...) depende de la inserción de su ejercicio en entramados institucionales que lo respalden y le otorguen sentido”* (López Pina y Gutiérrez Gutiérrez, 2002, p.104).

Es entonces obligación del Estado, proveer suficientes recursos con el propósito de acometer de forma eficiente y celeridad, su monopólica función de impartir justicia, de forma que se garantice el derecho a un proceso sin dilaciones.

Al decir del Conseil constitutionnel francés, se trata del deber d' «...adopter les modalités de mise en œuvre...» (Capitant, 2001, p. 208), en este caso, del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones, que deriva de la garantía de la tutela judicial efectiva.

Y es que, tal y como explican Cappelletti y Garth (1996), el significado del derecho a un acceso efectivo a la justicia, está directamente relacionado con la superación de las barreras u obstáculos que se anteponen al justiciable, entre ellos, el tiempo. Para los autores, el retraso incrementa el costo para las partes, afectando con mayor intensidad a la parte más débil, que en ocasiones tiende a abandonar su reclamo.

En efecto, la tardanza en la tramitación y resolución de los procesos, ocasiona lamentables efectos perversos, entre ellos, la decisión de evitar acudir a la justicia, tal y como se comentará más adelante.

En síntesis, en la configuración del Estado de Derecho, se atribuyó al Estado el poder monopólico de hacer uso de la fuerza legítima, por medio del Poder Judicial. Esto hizo que se debiera asegurar, a su vez, un derecho paritario de acceso a los órganos judiciales competentes, según sea la naturaleza del caso, de modo que todos los justiciables tuviesen derecho a plantear pretensiones ante los órganos judiciales, con el objeto de ver resueltas, de forma objetiva, imparcial y motivada, aquellas disputas en las que sean parte –tutela judicial efectiva-.

Se trata de un derecho fundamental absoluto, de carácter prestacional, -derechos de protección, organización y procedimientos-, cuyo ejercicio eficaz hace exigibles, a su vez, acciones positivas de parte del Estado, tanto de carácter

normativo –Derecho procesal-, como fáctico –provisión de recursos financieros y humanos al Poder Judicial-.

El incumplimiento de cualquiera de tales obligaciones, incluyendo el deber de provisión de recursos suficientes para asegurar una solución pronta de las disputas, comporta una violación al derecho fundamental de tutela judicial efectiva.

## ***2.- La escasez de la jurisdicción es una realidad inexorable***

Se ha constatado, hasta ahora, la existencia de un deber de asignación de recursos materiales y humanos a cargo del Estado, con el objeto de asegurar una eficiente administración de la justicia y, en concreto, el derecho a un proceso sin dilaciones que deriva de la garantía de tutela judicial efectiva.

La constatación alcanza, además, la pertinente apreciación del Tribunal Constitucional español conforme a la cual, una dilación en la solución de un proceso ocasionada por “...defectos de estructura de la organización judicial...”, involucra un quebranto a la garantía fundamental antes aludida.

Lamentablemente, esta consideración netamente jurídica suele chocar, de forma aparatosa, con una realidad económica: la escasez de los recursos.

En efecto, como se ha señalado, “...la escasez aparece no ya en el ámbito de las argumentaciones racionales, sino en el de los hechos, en el de la realidad, como límite o barrera a la existencia de determinados derechos fundamentales. No estamos en el ámbito de la validez, ni en el de la justicia, sino en el de la eficacia del Derecho, en el supuesto concreto de los derechos fundamentales” (Peces Barba, 1994, p. 202).

De hecho, en concreto para lo que interesa al estudio, se ha estimado que “*La constatación de que la jurisdicción es un recurso escaso se refiere a la realidad, y no se trata de un juicio de valor*” (Benda, 1996, p. 519).

Para este autor, dentro de las causas que influyen a la escasez de la jurisdicción, se encuentran:

- la sobrecarga a causa de una creciente cantidad de procesos;
- el aumento de complejidad de los conflictos, ocasionado por la multiplicidad de normas y su carácter confuso, y
- el hecho indiscutido de que las plazas de juez no son multiplicables a voluntad y no cabe crear, sin más, nuevos tribunales.

Ese aumento de litigios, en lo que interesa a esta investigación, se produce también en aquellos en donde un sujeto de Derecho público es parte.

Por ejemplo, en el ámbito francés se observa que “*...le contentieux ne cesse d’augmenter...*” (Denoix de Saint Marc, 2003, p.1048). De hecho, entre 1989 y 1999, las entradas brutas de asuntos contencioso administrativos aumentaron en un setenta por ciento (Latournerie, 2000).

En el ámbito español, por su parte, se ha determinado que la cantidad de recursos interpuestos en la década de los años noventa hasta 1997, se multiplicó por cuatro (1997, Consejo General del Poder Judicial, Libro Blanco de la Justicia, 1997, citado en Sánchez Morón, 2001).

Como bien apunta Merino Merchán (1992), este aumento de litigiosidad es un fenómeno propio de las sociedades avanzadas, en las cuales los justiciables se han venido apropiando de sus derechos fundamentales, como es el caso de la tutela judicial efectiva, la cual ejercen hoy día con mayor intensidad que antes. Se

trata de lo que Heyde (1996) califica como *“una creciente emancipación ciudadana”* (p. 819).

El apuntado aumento exponencial de la litigiosidad, revela un hecho incontrovertido: los límites financieros impiden al Estado ofrecer al justiciable tantos recursos materiales y humanos como resulta necesario, para hacer eficaz su derecho a un proceso sin dilaciones.

Como se estima con razón, *“...los medios económicos son limitados. El Estado no puede aumentar indefinidamente los gastos públicos para hacer realidad todas y cada una de las promesas constitucionales. La presión tributaria tiene un límite.”* (González Pérez, 1987, p. 217).

En vista de ello, *“La creciente alegría pleiteadora se enfrenta (...) a un Estado financieramente apenas en condiciones de ampliar las plantillas de jueces”* (Heyde, 1996, p.819), lo cual genera la ineficacia del sistema de administración de justicia, que se ve por ello imposibilitado, materialmente, de resolver de forma celeré todas y cada una de las demandas bajo su conocimiento. De esta forma, *“aun cuando se mantenga la garantía de la tutela judicial, en última instancia se está negando”* (Benda, 1996, p.519).

En efecto, la disponibilidad de medios materiales para hacer un eficaz ejercicio de la tutela judicial efectiva, es un requerimiento indispensable para el éxito de cualquier reforma procesal (Fouletier, 2000).

Se ha establecido, por ejemplo, que en un modelo como el francés, al final del año 2003, se estimó indispensable una inversión de sesenta millones de euros para permitir la instalación de nuevos tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa y la extensión de los existentes (Denoix de Saint Marc, 2003). Por su parte, en el régimen español, en su oportunidad se estimó la inversión

necesaria para llevar adelante un programa de medidas para reformar la Justicia, en la suma de doscientos cincuenta mil millones de pesetas (Sánchez Morón, 2001).

La escasez, como se ha estimado, representa hoy día uno de las situaciones más amenazantes para la eficacia de los derechos fundamentales, en específico, “...*para todos aquellos que reposen en la existencia de bienes...*” (Peces-Barba, 1994, p. 210), como es el caso, según se ha explicado, de la tutela judicial efectiva.

De este modo, este fenómeno “... *constituye, pues, no sólo un límite fáctico a la realización de los derechos fundamentales, sino un dato relevante para entender la estructura de algunos de esos derechos...*” (Zornoza, 1994, p. 290).

Tal escasez conduce, irremediabilmente, a una clara afectación de la calidad de la prestación del servicio público bajo estudio, al grado que se habla sin cesar, para lo que interesa acá, de la crisis de la justicia administrativa (Caia, 1989; Cassese, 1998; Trayter, 1995; Tornos Más, 1995; Cortada Esteve, 1998; Rosa Moreno, 1998; González Cueto, 1999; Canal Muñoz e Ibáñez Buil, 2000; Montoya Martin, 2000; Huergo Lora, 2000).

Los efectos perversos de esa situación de crisis, se manifiestan en un doble sentido: la justicia es tan lenta, que se evita acudir a ésta (2003, Toharia, citado en Marín-Barrionuevo Fabo, 2005); desaparecen los estímulos para mejorar la eficacia de la Administración (2002, Palomar, citado en Marín-Barrionuevo Fabo, 2005).

En el caso costarricense, la crisis de la jurisdicción contencioso administrativa es manifiesta, como cabe comprobar con sustento en evidencia empírica generada

en el 12º Informe del Estado de la Nación, más concretamente, en la ponencia de Solana Río (2006), relativa a la Administración de Justicia.

El estudio permite acreditar diversas señales de la crisis en que está sumida dicha jurisdicción:

- lejos de aumentar el número de procesos ingresados al Juzgado de lo Contencioso Administrativo, la cantidad **decreció** entre el año 2004 y el 2005;
- a pesar del decrecimiento señalado, el número de expedientes pendientes de resolver (circulante) ha **crecido** en un 53% en los últimos cuatro años;
- la duración promedio de un proceso contencioso administrativo, desde su entrada en primera instancia, hasta casación, ronda los cincuenta y siete meses, es decir, **cinco años y medio**;
- la contencioso administrativa, es la jurisdicción **más lenta** en su funcionamiento.

De este modo, a diferencia de lo que sucede en el medio francés o español, en los cuales la cantidad de asuntos contencioso administrativos mantiene una curva de crecimiento sostenida en el tiempo, en el caso costarricense, la curva más bien tiende a la baja.

¿Cómo explicar esta situación? Pareciera que la última evidencia encontrada por el estudio de Solana (2006) nos da la respuesta: la opción no se considera, en tanto la lentitud para obtener un resultado definitivo es excesiva, a tal grado, que es la mayor de todas las jurisdicciones de que se compone el Poder Judicial !

Ante tales crisis, las medidas que típicamente se implementan, se refieren a la reforma de la legislación procesal; el aumento de la plantilla de jueces y la incorporación de nuevas técnicas de trabajo (Latournerie, 2000; Sánchez Morón, 2001; Denoix de Saint Marc, 2003).

Aparece, también, de forma cada vez es más reiterada, la incorporación en el marco reformador, de medidas tendientes a la evitación del proceso o litigio.

De hecho, la doctrina alemana que acredita como mal congénito la escasez de la jurisdicción con sus apuntados efectos perversos, alienta no sólo a la reflexión sobre las causas y las formas de sobrecarga de los tribunales, sino además “...y sobre todo, las posibilidades alternativas de solución de conflictos” (Heyde, 1996, p.820).

Y es que, si como se ha visto, las causas que agravan la escasez de la jurisdicción no escapan a la especializada vía contencioso administrativa, no hay razón para excluir la posibilidad de reflexionar sobre posibilidades alternativas de solución de los conflictos conocidos, típicamente, por esa jurisdicción.

Se produce, en ese sentido, una clara tendencia reformadora de lo contencioso administrativo, que prevé ya no sólo un proceso judicial con razgos inquisitivos, de oralidad, que sea más flexible y moderno, sino además, medidas de evitación de los procesos que incentivan y potencian los medios no judiciales de solución de las controversias.

En efecto, en distintas coordenadas de tiempo y espacio, se hacen afirmaciones similares en ese sentido.

En el ámbito francés, por ejemplo, Fouletier (2000) lanzó en su oportunidad, a propósito de la reforma operada mediante Ley de 20 de junio de 2000, relativa al référé en lo contencioso administrativo, una consideración señera:

il ne suffira pas d'accroître les effectifs et les pouvoirs des juridictions pour juguler le trop plein contentieux: il faudra également creuser la voie du développement des modes alternatifs de règlement des litiges, ce qui constitue un autre chantier de réforme du droit administratif (p.983).

Más tarde, el Primer Ministro francés dictaría una circular (6 de febrero de 1995), relativa al desarrollo de la transacción en materia contencioso administrativa, para la solución amigable de los conflictos de las administraciones públicas (Jarrosson, 1995).

Por su parte, en el medio español la tendencia es idéntica. A propósito de un balance operativo de la jurisdicción contencioso administrativa, Sánchez Morón (2001) formuló la siguiente afirmación en alusión a los conflictos entre las administraciones públicas y los particulares:

...un segundo aspecto a considerar es la manera de resolverlos en vías prejudiciales o extrajudiciales. La insistencia de todas las instancias judiciales en que se regulen este tipo de vías es lógica y no puede sino compartirse. (...) Probablemente, en el plano de la legislación general de Derecho administrativo sea ésta la reforma pendiente de mayor trascendencia, después de la del régimen jurídico y el procedimiento y la de la jurisdicción contencioso-administrativa, que han visto la luz en la última década del siglo XX (p.317).

Y que no se diga que se trata de posturas doctrinales sin apoyo institucional. En el caso francés, el propio Conseil d'Etat, en febrero de 1993 aprobó el muy conocido estudio de su Section du rapport et des études, titulado "*Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*", una de cuyas más importantes conclusiones fue la siguiente:

Le recours à ces modes “nouveaux” peut en effet prévenir une partie du contentieux... Cela ne pourra se faire que progressivement, et devra se faire avec de nombreuses précautions. Mais cela peut être fait, et mérite de l’être. (...) Venue à son heure, la présente étude ne débouche pas sur des propositions révolutionnaires. Mais elle conclut à la nécessité de développer les modes nouveaux de règlement des litiges administratifs, parce que ce développement est possible, souhaitable et, quoique limité, probablement inéluctable: encore faut-il l’accompagner au mieux, par des mesures prudentes (p. 147).

Por su parte, en el medio español, Sánchez Morón (2001) alude al informe del Consejo General del Poder Judicial español, denominado “*Del modo de arreglar la Justicia*”, de setiembre del 2000. Según refiere el autor, el citado órgano del Poder Judicial recomienda para el caso concreto de la jurisdicción contencioso administrativa,

...introducir medidas legales para facilitar que aquéllas –las administraciones públicas- puedan transigir o someterse a arbitraje, mediante la modificación del artículo 39.1 de la Ley General Presupuestaria, así como fomentar la terminación convencional de los procedimientos administrativos. También se propone potenciar los procedimientos de arbitraje, mediación, conciliación y transacción, que eviten la iniciación del proceso... (p.308).

Si como se ha visto, la escasez de recursos estatales representa un claro obstáculo para el acceso a la tutela judicial efectiva, no parece sensato que se excluya, dentro de la estrategia correctiva de esa situación que opta por el refuerzo de los medios alternos de solución de los conflictos, aquellos en que es parte un sujeto de Derecho público.

Es claro que esos conflictos, también, merecen ser incluidos dentro de esa estrategia, ya no sólo por el interés propio del justiciable, sino además, por el mismo interés público.

En suma, tanto a nivel doctrinal como institucional, se ha venido promoviendo e incentivando soluciones no judiciales a los conflictos de las administraciones públicas, de modo que así se logre paliar, en alguna medida, la escasez de la jurisdicción y las deficiencias en la calidad de la prestación del servicio público de impartir Justicia.

## **II.- LA REFORMA ADMINISTRATIVA**

Se ha definido la reforma administrativa, como aquella serie de medidas promovidas por el cuerpo político o administrativo, “...*per adattare le pubbliche amministrazioni al cambiamento economico e sociale*” (Cassese, 2001a, p. 79).

Múltiples factores hacen de la Administración Pública una realidad cambiante. Ese proceso de ajuste ha involucrado las formas de actividad de las administraciones públicas, que han visto cómo el aumento de complejidad de la sociedad, exige nuevas fórmulas para la toma de decisiones (1).

Por otra parte, el proceso de reforma administrativa, generó como uno de sus más claros resultados, un “New Public Management”, en donde el administrado pasó a ser un usuario o cliente al que se le debe asegurar eficacia en los servicios. Esta estrategia trajo consigo nuevas tareas para el Estado, así como el desarrollo de modelos de cooperación entre el sector público y el privado, en actividades de tipo prestacional (2).

Como se verá, estos fenómenos tienen una clara influencia en el proceso de incorporación del arbitraje al Derecho administrativo, al representar una opción de solución de conflictos consensuada, eficaz y eficiente para ambas partes.

### **1.- El paso hacia un modelo cooperativo de toma de decisiones vinculantes: el negotiated decision-making**

El Derecho administrativo ha girado, históricamente, alrededor del acto administrativo, entendido como una forma jurídica sujeta a determinadas exigencias jurídicas de forma y de tipo material.

Se trata, con todo, de una forma jurídica de manifestación de la voluntad estatal de carácter estrictamente unilateral. Subyace en esa unilateralidad, una relación jurídica de sujeción del destinatario de los efectos del acto, con respecto a su emisor.

Esta forma de actuar de las administraciones, está fundada en un modelo de dirección que, por sí mismo, empieza a dar muestras de flaqueza ante la creciente complejidad del entorno.

Se trata del modelo implantado por las tesis de inspiración hegeliana desarrolladas por Mayer y que luego fueron importadas a los modelos romano germánicos de Derecho administrativo. Como se ha explicado, Mayer teorizó un Estado autoritario, fundado en un régimen de Derecho público cuya racionalidad solo aceptaba un ejercicio unilateral de las potestades administrativas y desdeñaba un ejercicio consensual. Esto hizo que las relaciones se definieran “*en clave autoritaria*”, a partir de actos unilaterales (Delgado Piqueras, 1995, p. 34. En el mismo sentido, Huergo Lora, 1998, p.128).

La insuficiencia o ineficacia de ese modelo reside en que se apuesta con el, ciegamente, como medio de dirección y modo de ejercicio de las potestades administrativas, al acto unilateral dotado de *imperium*, desdeñando otros medios de naturaleza consensual.

Como lo apuntó con su habitual maestría el Prof. García de Enterría (1993), *“El acto unilateral asegura eficazmente la sumisión, pero es incapaz de suscitar el entusiasmo y el deseo de colaboración”* (p. 648).

Esta práctica debe relacionarse con el estadio del Derecho material o sustantivo a que hace referencia Teubner (1996). Para este autor, evolutivamente, el Derecho moderno ha presentado diversos tipos y dimensiones racionales.

De esta forma, en un primer momento, el que denomina “el Derecho formal”, se desarrolló conforme a una racionalidad interna orientada a la regla. Su racionalidad normativa se relacionó con la proscripción. Se generaron reglas dirigidas a delimitar esferas de autonomía para los ciudadanos.

Por su parte, el que llama “Derecho material” o sustantivo, considera como su racionalidad interna, una visión finalista, que define standards de conducta, cuya racionalidad normativa se relaciona con la prescripción de conductas, es decir, una regulación directa con el objeto de alcanzar determinados resultados sociales, todo lo cual se traduce en una intervención vertical y autoritaria de los poderes públicos (Teubner, 1996).

Este enfoque interventor, sin embargo, producto de diversos factores, entre ellos el aumento de la complejidad social, ha venido entrando en una clara crisis, al dejarse en evidencia su ineficacia y pérdida de legitimidad.

En este último sentido, se ha señalado que

...el sistema político se ve expuesto a perturbaciones que pueden mermar la efectividad o eficacia de sus operaciones y rendimientos, o la legitimidad de sus decisiones. El sistema político fracasa en sus competencias regulativas, cuando o bien los programas jurídicos implementados permanecen ineficaces, o bien las operaciones de orden, regulación y control provocan efectos desintegradores en los

ámbitos de acción necesitados de regulación, o bien los medios utilizados desbordan la capacidad del medio que representa el derecho impregnando así una carga excesiva a la estructura normativa del propio sistema (Habermas, 2000, p. 467).

Ha debido introducirse, por ello, una nueva fórmula regulativa, la cual identifica Teubner (1996), como el “Derecho reflexivo”, cuya racionalidad normativa relaciona con técnicas de regulación –medio de dirección- indirecta y abstracta, incentivando la autorregulación de los demás sistemas sociales.

Dentro de tales prácticas de autorregulación, la doctrina que se ha ocupado del tema, incluye la autorregulación resolutoria, aludiéndose así al arbitraje y otras formas de resolución de conflictos que no son de naturaleza judicial (Esteve Pardo, 2002; en el mismo sentido, véase Darnaculleta i Gardella, 2005).

Se alude, en ese sentido, a un proceso en donde la sociedad reclama mayor cuota de autonomía con relación al Estado, de modo que este último “*deve essere ricondotto a compiti più ristretti*” (Benvenuti, 1991, p. 32).

Se introduce también, por esa vía, el denominado “nuevo modelo de dirección”, en donde “*...la prestación administrativa es concebida como “producto” y la relación con el ciudadano como “relación con los clientes”*” (Schmidt-Assmann, 1998/2003, p. 32).

En ese marco de acción, se produce una modificación de las funciones estatales, lo cual obliga a cuestionarse sobre

nuevas modalidades de actuación y de procedimiento del Estado, especialmente de la Administración. Como la fuerza de orientación de los mandatos imperativos suele ser a menudo –y dependiendo de las condiciones- limitada, se tratará de buscar una mejora del cumplimiento de las disposiciones soberanas, pero también de alternativas y complementos a la actuación estatal unilateral (Krebs, 1993, p. 59).

Y es ahí donde surge la figura que la dogmática alemana califica como el *Kooperativer Staat* o *Kooperative Verwaltung*, es decir, el Estado cooperativo (así, Schmidt-Assmann, 1998/2003, p. 32 y Krebs, 1993, p. 59), también denominado como el “*negotiated decision-making*”.

En el mismo sentido, Caia (1989) aludía a la necesidad de abandonar, a propósito de las nuevas exigencias de la intervención de Estado en la economía, su postura autoritaria, para dar paso a una “*prospettiva di miglioramento dei rapporti tra Pubblica amministrazione e privati*” (p.201).

En ese contexto, es claro que resulta obligado el abandono del modelo de dirección basado, exclusivamente, en el acto unilateral dotado de *imperium*, produciéndose de esa forma un notorio “...*desplazamiento de un Derecho jerárquico hacia un Derecho consensuado en donde los medios de ejecución forzosa se complementan con estrategias para convencer y persuadir...*”, circunstancia que obliga “...*reconducir hacia el Derecho administrativo la “nueva realidad de la Administración”* (Schmidt-Assmann, 1998/2003, p.38).

De este modo, al decir de Tornos Más (1995), “...*se avanza hacia una concepción integrada del Estado y la sociedad en la que se acuerda, pacta o contrata el ejercicio mismo del poder*” (p.155), de modo tal que, la darse el paso de “*una Administración imperativa a una Administración consensual*”, se admite en adelante que “...*la definición de los intereses generales pueda establecerse no sólo mediante el principio de legalidad, sino también a través del acuerdo*” (Cortada Esteve, 1998, p. 256). Se produce, en suma, lo que Caia (1989) califica como la “*consensualità nell’azione amministrativa*” (p.151).

Precisamente, es esa reconducción la que ha dado lugar a nuevas formas de actividad administrativa, como la actuación administrativa consensuada (Krebs,

1993) o bien como técnicas convencionales de administración (Caillosse, 2000), acudiéndose así a lo que se ha descrito como “*la táctica de la seducción*” de parte de las administraciones públicas (1987, Caillosse, citado en Trayter, 1995).

De esta forma, se estima que en procura de la legitimidad y eficacia de las medidas regulatorias, ocasionada por el modelo de dirección que atribuye al acto administrativo un rol monopólico, hoy día y cada vez más, el Estado acude a “...*nuevas formas de actuación, entre las que destacan las tres siguientes: el impulso de la actividad convencional (...); el desarrollo de la actividad administrativa informal (...); y la introducción de la mediación y el arbitraje en materias propiamente administrativas, cuya virtualidad práctica se encuentra todavía en fase de prueba.*” (Darnacullea I Gardella, 2005, pp. 61-62).

En efecto, el paso hacia una mejora en la eficacia de las medidas regulatorias y hacia la recuperación de la legitimidad perdida de la acción administrativa, involucra no sólo nuevas formas de actuación administrativa, como la actividad administrativa consensual a la cual se hará referencia más adelante en este estudio, sino también, a modelos de solución de controversias diseñados, ya no en función de la actividad de la Administración, sino desde la perspectiva del ciudadano y de la performance de la actividad administrativa, esto último, con ocasión de los nacientes modelos prestacionales basados en el instituto del *public-private partnership* en medio del cual resulta de interés mayúsculo, dar una pronta y eficaz solución a los conflictos con el particular.

## **2.- New Public Management**

Esa nueva forma de actividad administrativa representada en la expresión “*New Public Management*”, ha dado pie a la incorporación de nuevas formas de actuación que consideran las variables del management empresarial, con el afán de aumentar la eficacia y aceptación de las decisiones administrativas por parte de

los administrados (Darnaculleta I Gardella, 2005. En el mismo sentido, véase Schmidt-Assmann 1998/2003; Cassese, 2001a y Caillosse, 2000).

Esto ha traído consigo, entre otras consecuencias, por un lado, la mutación de un Estado gestor hacia un Estado regulador, lo que ha gestado el fenómeno de la *agencification* (A) y por otro, la incorporación de modelos de gestión de servicios públicos con obra pública, basados en modelos financieros de carácter empresarial, que involucran una estrecha participación del sector privado con el público, fenómeno que ha dado en llamarse, *public-private partnership* (B).

Como se verá, estos dos fenómenos han propiciado espacios para el arbitraje desde distintas perspectivas, dando muestras así, el Derecho administrativo, de su proceso de ajuste a la nueva administración pública.

#### **A.- El fenómeno de la “*agencification*”**

Contrario a lo que podría creerse, los procesos de privatización y liberalización de las economías que se han intensificado en las últimas décadas, no han generado una extinción de la intervención del Estado en la economía, sino más bien, su mutación.

Se ha estimado con razón, que el paso dado implica, en realidad, la transición de un Estado gestor, en calidad de agente empresarial, a un Estado más bien regulador de la actividad de prestación de los servicios públicos, ahora en competencia (Echandi, 2005).

Para cumplir con estas tareas, siempre dentro del aludido proceso de ajuste del Derecho administrativo a las nuevas realidades económicas, se ha optado por implantar dentro de la teoría de la organización administrativa, la figura o instituto

de las autoridades administrativas independientes, inspiradas en las “agencias” del Derecho administrativo anglosajón.

De esta forma, surge la tendencia de la “agencification”, la cual implica la atribución de tareas antes asumidas por la administración central, a órganos o entes llamados agencias o autoridades independientes (Cassese, 2001a).

Como consecuencia de la liberalización de las economías y la introducción del nuevo servicio público, surge la necesidad de que el Estado asuma un rol de policía administrativa en el desempeño de los nuevos prestatarios de los servicios públicos. Dentro de ese rol de regulación, la solución de controversias entre prestatarios y usuarios del servicio (customers), así como entre prestatarios por divergencias, por ejemplo, en el acceso a la red, salta como una de las típicas funciones atribuidas a estas autoridades administrativas (Echandi 2005).

En efecto,

La liberalización potencia, pues, la ruptura con el modelo clásico de Administración y la multiplicación de las Administraciones independientes...Puesto que se trata de organizaciones que suelen tener encargada la vigilancia y control del adecuado funcionamiento del mercado, no es inhabitual que se les atribuyan funciones arbitrales (Desdentado Daroca, 1999, p. 182).

Se abre así un nuevo espacio para el arbitraje en el marco del Derecho administrativo postmoderno. Cada vez más, se asignan atribuciones de resolución de conflictos a órganos reguladores bajo la forma de autoridades administrativas independientes, proceso que enfrenta, sin embargo, diversos obstáculos y para algunos, hasta una “...*discutible conformidad a Derecho...*” (Desdentado Daroca, 1999, p.133), pero que, al fin y al cabo, deja en evidencia la necesidad de examinar el arbitraje desde la perspectiva del Derecho administrativo.

## **B.- Las public-private partnership**

A propósito de la transformación de las administraciones públicas en “*amministrazioni di risultati*” (Ristuccia, 1991, p. 2), han sido múltiples los ajustes por hacer.

Entre ellos se encuentran los referidos al desarrollo de infraestructura de modo eficiente, lo cual, como se verá, ha exigido también el ajuste de los modos de solución de controversias en este campo.

La expresión sajona «public-private partnership» (PPP), “*se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio*” (Comisión de las Comunidades Europeas [COM], 2004, p. 3).

Estos modelos tienen origen en el año 1992, como parte integral del programa de reformas impulsado por el Gobierno británico presidido por John Major denominado: Private Finance Initiative (PFI), con el cual se buscó modernizar la infraestructura pública, mediante el concurso del sector privado (González García, 2006).

En esta modalidad de gestión de servicios y obras públicas, el socio público y el socio privado, definen una relación de cooperación, durante un plazo financieramente establecido. Suele suceder que el socio privado, aporta el modo de financiación, a través de una compleja organización entre diversos participantes, sin perjuicio del aporte estatal. Además, asume el papel de operador económico, en las diferentes etapas del proyecto (diseño, construcción, ejecución y financiación).

Por su parte, el socio público se concentra, en esencia, en definir los objetivos que han de alcanzarse en materia de interés público, los niveles de calidad de los servicios propuestos, la definición de tarifas y en general, el control del cumplimiento de dichos objetivos.

Como se ve, estos esquemas de infraestructura y servicio público, tienen como base fundamental, la noción cooperativa entre el socio privado y el público, de modo que desaparece la verticalidad típica de una relación de sujeción, para dar lugar a una de carácter cooperativo con base netamente consensual.

Se ha establecido que en la última década, el fenómeno de las PPP ha alcanzado un desarrollo creciente en un gran número de sectores, lo cual se explica, por un lado, por las restricciones presupuestarias que hace necesaria la percepción de financiación privada para el desarrollo de infraestructura y además, por existir un claro deseo de aprovechar el know-how del management empresarial, en el ámbito público. Por otro lado, esta modalidad, “...*forma parte de la evolución más general del papel del Estado en el ámbito económico, al pasar de operador directo a organizador, regulador y controlador*” (COM, 2004, p. 3).

Típicamente, estas estructuras negociales se desarrollan sobre la base del instituto financiero denominado *Project Finance*, sobre el cual se abundará adelante.

Bajo esa perspectiva, resulta evidente que una dilación en la solución de las disputas, deviene un aspecto negativo, no tan sólo para el socio privado –como suele enfocarse esta problemática-, sino también para el socio público, que verá impedida la posibilidad de satisfacer la necesidad pública a que va dirigida la obra y posterior prestación del servicio. Pero el efecto negativo va más allá. Involucra a los entes financieros, usuarios, subcontratistas y toda una gama de interesados, que participan en este escenario multipolar.

Surge ahí el claro interés de procurar, como una de las fórmulas básicas del marco contractual tipo que regulará la relación, una cláusula contractual que asegure a las partes un mecanismo célere, especializado y objetivo de solución de conflictos.

Se estima, así, que *“As going through the courts may not be appropriate for the disputes that can arise under a PFI contract, an alternative formal dispute resolution procedure may offer a more efficient and cost-effective method of resolving dispute”* (HM Treasury [HMT] 2004, p. 209).

Se trata, como se ve, de otra evidencia de la clara actualidad que día con día presenta el arbitraje en el Derecho administrativo.

### **III.- LAS EXIGENCIAS PROPIAS DEL PROCESO DE INTERNACIONALIZACIÓN**

En el marco del proceso de globalización de la economía mundial, se ha venido dando un aumento de los flujos de inversión extranjera directa.

Diversos aspectos han contribuido al notable aumento de los flujos internacionales de inversión. Entre éstos, se ha destacado las fuertes exigencias a que se ven expuestas las empresas en múltiples sectores, lo cual las impulsa a nuevas formas de producción que las haga más competitivas. Para ello, se han identificado dos distintas vías: *“...ampliar sus operaciones en los mercados de crecimiento rápido de las economías emergentes para así incrementar sus ventas, y racionalizar las actividades de producción con miras a obtener economías de escala y reducir los costos de producción”* (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo [UNCTAD], 2005, p. 9).

Ante esa realidad comercial, se ha despertado toda una estrategia de atracción de inversión, en el tanto estos grandes flujos de inversión aseguran a los países receptores, fuentes directas e indirectas de empleo, así como transferencia de conocimiento con el correspondiente incentivo de la innovación y el desarrollo (UNCTAD, 2005).

Desde el punto de vista jurídico, este fenómeno trae consigo el desarrollo de un régimen jurídico internacional de la inversión extranjera, fundamentalmente diseñado alrededor de la masiva suscripción de tratados bilaterales de inversión (1).

Estos instrumentos internacionales incluyen, además de normas de tipo material, otras dirigidas a la implementación de un régimen de solución de controversias, tanto para aquellas entre Estados parte del tratado, como las que se produzcan entre el Estado receptor y el inversionista, aspecto éste último de claro interés para el estudio (2).

### ***1.- Los tratados bilaterales de inversión***

En procura de la atracción de la inversión extranjera, los gobiernos han diseñado una estrategia que involucra la utilización de mecanismos tales como incentivos fiscales y, cada vez más, la formalización de tratados comerciales y de inversión, mediante los cuales dan muestras de su capacidad de ofrecer a los inversionistas, el atractivo clima de negocios que requieren para realizar inversiones en el extranjero.

Visto su notable aumento, la inversión extranjera representa uno de los factores que dirigen las relaciones económicas internacionales, al grado que si la segunda mitad del Siglo XX se llegó a caracterizar como aquella en la cual se produjo el desarrollo de un sistema de Derecho internacional del comercio, la primera mitad del Siglo XXI se caracterizará por la implementación del sistema de Derecho

internacional de la inversión (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo [UNCTAD], 2004, p. xxi).

En la actualidad, en vista de la ausencia de un sistema multilateral de la inversión, en lo fundamental, la alternativa a disposición de inversionistas y Estados, ha sido la de los tratados bilaterales y en algunos casos, tratados de comercio exterior, que incluyen un capítulo dedicado a la inversión. Estos tratados suelen tener una estructura jurídica análoga a nivel global. La estructura incluye normas de tipo material, que definen el ámbito de aplicación del tratado, la definición de inversión, standards de trato no discriminatorio y de nación más favorecida, expropiación, transferencia de capitales y reglas de solución de controversias, en este último caso, de Estado versus Estado y de Estado versus inversionista.

La proliferación de estos instrumentos es tal, que se estima que actualmente se han suscrito a nivel mundial, alrededor de dos mil trescientos noventa y dos tratados de esta naturaleza, sin considerar múltiples tratados de comercio exterior y de naturaleza multilateral, que incluyen capítulos relativos a inversión (UNCTAD, 2005 (b), p. 1).

La reforma y liberalización de las economías, se estima, ha permitido que algunas disposiciones hoy contenidas en los tratados de inversión, que antes hubiesen sido consideradas inaceptables, sean ahora parte del común denominador de estos instrumentos.

Dentro de éstas, sin duda, cabe incluir el caso de los mecanismos de solución de conflictos entre Estado receptor e inversionista, lo cual hará de interés evaluar, adelante, los conceptos de inversión extranjera directa; el de inversionista y de inversión, desde las perspectivas normativa y jurisprudencial.

## **2.- LOS MODELOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE INVERSIONISTA Y ESTADO RECEPTOR**

Se ha señalado que, en teoría, la solución de conflictos entre el Estado receptor y el inversionista, tiene importancia para ambos. Sin embargo, es lo cierto que para quien tiene mayor trascendencia es para el último. El inversionista extranjero, una vez que decide invertir en un territorio que le resulta extraño, procura beneficiarse de las reglas materiales usualmente provistas por los instrumentos internacionales de inversión antes enunciadas. Resulta evidente, sin embargo, que su significado práctico dependerá del acceso a un sistema de solución de conflictos que esté en capacidad de hacer valer tales garantías (UNCTAD, 2004, p. 347).

Esto explica que los países receptores de inversión, procuren asegurar que toda disputa futura que se plantee con un inversionista amparado por determinado instrumento internacional, será resuelta “*expeditiously and taking into account the concerns of the State, as well as those of foreign investors*” (UNCTAD, 2004, p. 347).

Es claro que los tribunales domésticos de lo contencioso administrativo, por lo que se ha señalado ya, no representan una alternativa válida para cumplir con ese objetivo. La lentitud patológica en la resolución de conflictos, hace que deba pensarse en otras alternativas de solución de conflictos.

Uno de los obstáculos que debieron ser superados para ello, al menos en el ámbito latinoamericano, fue la impronta funesta de la llamada doctrina Calvo, aplicada a los acuerdos contractuales con inversores extranjeros, de forma tal que se les obligaba a renunciar al recurso de protección diplomática permitiéndoseles, únicamente, acudir a los tribunales del Estado receptor y bajo la legislación local en procura de una reparación por cualquier violación a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

La mundialización de las economías hizo, sin embargo, que tal consideración se dejara de lado, y de forma absoluta, mediante cláusulas que admiten elegir, directamente, al inversionista –sin intervención del Estado del cual es originario- y al Estado receptor, el medio arbitral o jurisdiccional de solución de sus disputas.

De esta forma, las llamadas controversias mixtas, es decir, las que afloran entre inversionista y Estado receptor, pueden ser resueltas por la vía arbitral internacional, siempre que se ajusten a los requerimientos subjetivos y objetivos que son definidos por los respectivos instrumentos, de forma más o menos homogénea, sobre lo cual se entrará en detalle más adelante.

Se abre, desde esta perspectiva, una nueva dimensión para el arbitraje en el Derecho administrativo, lo cual ratifica el interés de su exploración dogmática.

## **SECCIÓN II.- PRECISIONES CONCEPTUALES**

Con el objeto de ir delineando un marco teórico que sirva de base a la elaboración dogmática que se intenta en este estudio, de seguido resulta de claro interés evaluar la noción del arbitraje, noción que, al decir de Jarrosson (1987), tiene un contenido variable (I).

Una vez esclarecido el significado del aludido instituto jurídico procesal, será preciso evaluar conceptualmente, la llamada actividad administrativa arbitral, noción vecina del arbitraje (II).

Finalmente, se hará una evaluación de los conceptos básicos relativos al fenómeno de las Public Private Partnership (III) y de la Inversión Extranjera Directa (IV).

## **I.- EL ARBITRAJE COMO NOCIÓN DEL DERECHO COMÚN**

Hurgar en sus antecedentes históricos, es una tarea insoslayable en todo esfuerzo por fijar una determinada noción jurídica. Se trata de una exigencia indispensable para la mejor apreciación de los verdaderos contornos del instituto jurídico que se examine (1).

Cumplida esa tarea, interesa determinar la naturaleza jurídica de la institución (2) y, finalmente, caracterizar sus notas distintivas (3), todo lo cual ha generado a nivel doctrinal, grandes discusiones que parecen haber alcanzado un nivel de entendimiento estable, aunque histórico al fin y sujeto por ello a los vaivenes del conocimiento.

### **1.- ASPECTOS HISTÓRICOS**

El estudio del arbitraje desde la perspectiva histórica, permite identificar al menos dos distintos estadios.

El primero se refiere a sus más remotas y rudimentarias expresiones, al grado que se trata de un modelo de impartir Justicia, incluso anterior al estatal (A).

La tecnocratización de la justicia y la fe absoluta en el modelo estatal, ocasionó que el arbitraje pasara a segundo plano como medio de solución de conflictos, si bien, esta situación hace ya varias décadas ha comenzado a ceder ante la impronta del movimiento anglosajón del Alternative Dispute Resolution A.D.R. (C).

## **A.- Antecedentes remotos**

Se debate en doctrina si, en vista de su imperecedera presencia, no podría decirse que el arbitraje es el antecedente inmediato de la justicia estatal (Jarrosson, 1987).

En efecto, según precisa Clay (2001), el arbitraje se encuentra en plena evolución desde hace cerca de cuatro mil años.

Según destaca el autor, ya en tiempos de los Asirios –cerca del final del tercer milenio a.C-, se tiene conocimiento de las primeras manifestaciones del arbitraje, las cuales se encuentran en el párrafo tercero de la primera tabla de las Leyes Asirias, en donde se regula la potestad de un “magistrado doméstico” de infligir penas.

Según explica Clay, más elaborada era la justicia árabe pre-islámica impartida por el *hakam*, el que califica como un verdadero árbitro con potestades y atribuciones perfectamente detalladas, lo cual luego perdura en esta cultura, al grado que pueden encontrarse referencias al arbitraje en el propio Corán.

Lo mismo sucedió en el caso del Antiguo Testamento, en el cual, según refiere el autor, aunque de forma menos nítida, como en general sucedió en la justicia hebrea, se alude al arbitraje.

Desde el Siglo VIII a.C., Atenas mostró, también, evidencias de prácticas arbitrales, al grado que el propio Aristóteles distinguía continuamente entre el árbitro y el juez, como lo hizo en su obra Retórica, en donde señaló que el árbitro, a diferencia de los tribunales, juzgaba en equidad, mientras que aquellos, según la ley.

Estas antiquísimas evidencias del arbitraje, son parte de las consideraciones que llevan a Clay (2001) a señalar la universalidad del arbitraje desde el nacimiento de las principales civilizaciones.

Es sabido, además, que es durante el Imperio Romano que el arbitraje adquirirá su más acabada fisonomía. De hecho, para Gaspar Lera (1998), “*Sin perjuicio de la existencia de otras manifestaciones anteriores, el arbitraje es una institución que tiene sus raíces propias en el Derecho Romano*” (p.27).

Fue conocido desde el periodo arcaico (VII-VI Siglo aC.). Se trataba del llamado *arbitrium liti aestimandae*, mediante el cual, el *arbiter* fijaba el monto de la reparación a cargo de quien había sido sentenciado como culpable por el *iudex* (Jarrosson, 1987).

La apuntada madurez del instituto, se produjo a propósito de la obra jurídica justiniana. En efecto, el Libro IV, del Título VIII del Digesto, titulado “*De receptis qui arbitrium receperunt*”, representa “...un modèle de précision et même d’anticipation...” (Clay, 2001, p. 7).

En síntesis, como observa Gaspar Lera (1998), en el curso de todo el proceso evolutivo del Derecho romano, se produjo una “(...) *coexistencia del arbitraje como sistema voluntario de resolución de conflictos*” (p. 33) con los procedimientos oficiales.

Esta circunstancia sustenta la creencia de la doctrina romanista a que se refiere Barona Vilar, para la cual “...*el juicio por un árbitro no oficial fue realmente la primera forma de hacer justicia...*” (Barona Vilar, 2004, p. 47).

Según relata Clay, la presencia del arbitraje no quedó ahí. Se encuentran también evidencias del instituto durante el Imperio Bizantino, así como en las *leges visigothorum*, una de las cuales (*Liber Amicorum*) declaró la libertad de las partes en conflicto, de escoger un árbitro cuya decisión tendría la misma fuerza que una decisión judicial, al disponer, textualmente, lo siguiente:

“Dirimere causas nulli licebit, nisi aut a principibus potestad concessa, aut ex consensus partium electo iudice, trium testium fuerit electinis pactis signis, aut suscriptionis roborata” Libro IV, Título II, n° 14 y 26.

Como explica Barona Vilar (2004), se trata de una visión claramente judicialista del arbitraje contenida en el *Liber Amicorum* del año 654, a diferencia de la privatista que se presentó en el Brevario de Alarico del año 506 (p. 48).

La figura mantuvo su presencia durante la Edad Media en toda Europa, en donde era un método usual de solución de conflictos hasta los albores de la Revolución Francesa y de lo cual son evidencia diversas ordenanzas reales sobre el tema (Clay, 2001; Jarrosson, 1987).

De hecho, para Sánchez de la Torre (1988), durante la Edad Media, se vivieron “*momentos de esplendor para la institución arbitral*” (p.358), lo cual atribuye el autor al hecho de que “*Los abogados debían tener grandes dificultades para encontrar autoridades jurisdiccionales suficientemente fiables*” (p.359).

## **B.- El efecto pendular: el influjo del movimiento *Alternative [Adecuated] Dispute Resolutions “ADR”***

Se dice, actualmente, que luego de un siglo y medio de positivismo legalista y de estatismo, durante la época actual se vive un acercamiento de la justicia arbitral y la estatal. De hecho, para el autor, las tendencias tecnocráticas tan presentes en la maquinaria judicial, hoy día “...sont contrebancées para un retour partiel à l’esprit de 1790 soulignant ainsi la modernité du message révolutionnaire” (Oppetit, 1998, p.28).

Se apunta, en el mismo sentido, un “...efecto pendular en las sociedades modernas, traducido en el deseo de buscar, por parte de los Estados, una mayor eficacia en la justicia” (Barona Vilar, 2004, p. 62).

El esfuerzo involucra, al decir de Vescovi, “...no solo el descongestionamiento de los tribunales judiciales admitiendo los reclamos de todos los ciudadanos, sino la búsqueda de una mejor calidad de Justicia” (1994, Vescovi, citado en Barona Vilar, 2004, p.62).

Es en ese marco de referencia en donde cabe ubicar el movimiento norteamericano de la Alternative Dispute Resolution, hoy más bien, adecuada resolución de disputas (Barona Vilar, 1999; 2004).

La doctrina apunta que este movimiento responde a la complejidad y a los exorbitantes costos de los procesos en el mundo anglosajón, para lo cual se ofrecen numerosas formas de solución de conflictos, dentro de las que destacan el arbitraje, la conciliación, la mediación y la más mediatizada, el mini-trial (Oppetit, 1998; Barona Vilar, 1999).

Otra de las importantes variables que acusa el movimiento ADR, radica en que los métodos informales de solución de conflictos que promueve “...surgían

*espontáneamente del seno de las culturas”, mientras que actualmente, “...son ahora los propios Estados quienes las propician y desarrollan...” (Gutiérrez Freer, 1995, p. 37).*

En efecto, al comprobarse la incapacidad de la justicia estatal de resolver de forma eficiente las disputas bajo su conocimiento y una vez estimado el impacto social y económico de una deficiente metodología de solución de disputas, el fomento de formas no judiciales o informales de solución de conflictos, provino de los propios Estados, en el marco de políticas tendientes a propiciar “...*la mutation ... d’un ordre juridique imposé vers un ordre juridique négocié, c’est-à-dire vers une régulation conventionnelle de la société.*” (Clay, 2001, p. 36).

Barona Vilar (1999) identifica en el movimiento, métodos de solución de controversias de múltiples tipos, a saber: no procesales, ni jurisdiccionales; procesales pero no jurisdiccionales y judiciales, pero no procesales.

El movimiento ha evolucionado en cuanto al ámbito de aplicación. Originalmente, se concibió como un método para impartir justicia en los barrios (neighborhood justice). Se trató, básicamente, de “...*programas de conciliación con base comunitaria...*” (Gutiérrez Freer, 1995, p. 67).

Con posterioridad, en concreto, a partir de la mitad de la década de los años ochenta del pasado Siglo, el programa se amplió a todas las materias, incluyendo ya no solo asuntos de Derecho privado (Barona Vilar, 1999).

De esto último es evidencia clara el Administrative Dispute Resolution Act de 1990 y su reforma (1996), redactada sobre la base de las recomendaciones de la Administrative Conference of The United States, así como la Negotiated Rulemaking Act de 1999 (Delgado Piqueras, 1993; Del Olmo, 1999).

La normativa procura incorporar los mecanismos de solución alterna de conflictos, tanto en los *administrative decision making*, dirigidos a la adopción de resoluciones administrativas –*adjudication*–, como para el caso de los procedimientos que generan disposiciones normativas –*rulemaking*–.

En el caso del primer tipo, se procura “...*dar entrada formal a la negociación con los ciudadanos en el corazón del decisionmaking...*”, mientras que en el segundo caso, se “...*intenta cambiar enteramente el procedimiento reglamentario para hacerlo consensual en lugar de contradictorio*” (Delgado Piqueras, 1993, p.561).

La acogida de la ADR, con todo, no se limitó al mundo anglosajón, tal y como se encarga de comprobarlo Barona Vilar en su citado estudio (1999), en donde detalla las expresiones de esta tendencia en Alemania, España y Latinoamérica.

Estos modos de solución de conflictos, han sido caracterizados por Richer (1997), como aquellos que pueden ser utilizados sólo si las partes así lo deciden y que dan lugar a soluciones que no son impuestas por una sola de ellas. Se trata, dice el autor, “*de modes de règlement consentis et égalitaires*”.

Como se ve, se puede afirmar, sin duda, el claro relanzamiento del arbitraje, a propósito de las realidades de la sociedad postmoderna que han obligado a los propios Estados, a promover y fomentar estos instrumentos de solución de conflictos, ante la escasez del recurso de que disponen, para su arreglo judicial.

Finalmente, debe señalarse que esta tendencia se ha visto acentuada, a propósito del fenómeno de la globalización o transnacionalización de las economías antes apuntado, al grado que, según señala Fazzalari (2000), “...*la più gran parte della controversia transnazionali viene, oggi, devoluta ad arbitri*” ( p.63).

Se vive actualmente, entonces, de forma intensa, un proceso de aprehensión de los modos *adecuados* de solución de conflictos, proceso indispensable para su pleno aprovechamiento. Como bien señala Barona Vilar (2004), “...no hay arbitraje sin cultura arbitral”... (p.67).

## **2.- LAS NOTAS QUE CARACTERIZAN AL ARBITRAJE: LA FIJACIÓN DE SU IDENTIDAD**

Interesa de seguido, evaluar las notas distintivas del arbitraje como instituto jurídico, de modo que sea luego posible cumplir con la tarea de fijar su identidad.

Ahora bien, antes de cumplir con esa tarea, interesa hacer alusión a algunas nociones básicas sobre las cuales descansa, a su vez, la del arbitraje (A), para luego adentrarse en su tipología (B) y, finalmente, algunos institutos relacionados con el arbitraje (C).

### **A.- El punto de partida**

Desde una perspectiva sociológica, se ha entendido que “...dos personas o una persona y un grupo están en conflicto cuando al menos una de las partes experimenta frustración ante la obstrucción o irritación causada por la otra parte...” (1984, 1993, Van de Vliert, citado en Mundate Jaca & Martínez Riquelme, 1998/1999, p.37).

Dicha definición del **conflicto**, como puede comprobarse, revela su carácter intersubjetivo. En efecto, desde la óptica sociológica y la jurídica, interesa aquel conflicto que cuente con características intersubjetivas. El conflicto intrapersonal, como es claro, no despierta interés ni para la sociología, ni para el Derecho.

El otro elemento que interesa destacar, se refiere al hecho de que, en medio de tal intersubjetividad, una de las partes en conflicto ocasiona irritación o frustración a la

otra, frustración que podría relacionarse, en el ámbito de lo jurídico, al acceso a un determinado bien (Guasp, 1961) o a la satisfacción de un interés en sentido jurídico (Carnelutti, año).

Es en esa dimensión en donde adquiere interés el proceso como noción jurídica. Se ha visto con suficiente detalle cómo el sistema jurídico, en su proceso evolutivo, ha debido asumir la tarea de aportar toda una institucionalidad de naturaleza estatal, regida por normas de organización y procedimientos, con el objeto de atender determinados conflictos sociales, en específico, aquellos que llegan a calificar como jurídicamente relevantes, es decir, corresponden a aquellos “... *cuya tutela jurídica pretende cada una de las partes...*” (Merino Merchán, 2002, p. 17). Se trata de lo que llamó Carnelutti, el litigio o *litis*, entendiendo por ésta, “... *un conflicto intersubjetivo de intereses, calificado por una pretensión resistida o insatisfecha*”.

Toda esa institucionalidad ha requerido el desarrollo de una serie de institutos jurídicos, a alguno de los cuales debe ahora aludirse.

La primera de esas nociones, es la de **proceso**. Son incontables las definiciones aportadas por la doctrina. Tantas como autores que se han ocupado del tema. Sin embargo, podría señalarse que existe una tendencia mayoritaria que relaciona el instituto con “...*una serie o un conjunto de actos a los que se atribuye una determinada finalidad*” (Tarigo, 1998, p. 16).

Destaca en esa definición, por un lado, una unidad formal -unidad de estructura-, y por otro, una unidad teleológica -unidad de fin (y de función)-. En cuanto a lo primero, en efecto, el proceso está conformado por un conjunto concatenado de actos de naturaleza jurídica, en concreto, actos procesales, con una determinada unidad de estructura, según sea el proceso de que se trate. En lo que se refiere a

la unidad de fin, ésta se concreta en su afán de dar forma a un determinado mandato o a su ejecución (Tarigo, 1998, pp.17-18).

Como explica el propio Tarigo, cabe acreditar a Guasp la lúcida construcción de su teoría de la satisfacción de pretensiones, mediante la cual se intenta dar respuesta a la interrogante en torno al fin último del proceso.

Para Guasp (1961), la noción de proceso debe examinarse considerando el doble ingrediente sociológico y jurídico que caracteriza todo fenómeno social.

Se ha visto cómo, desde la perspectiva sociológica, la interacción humana está en posibilidad de generar conflictos a nivel social en los cuales, *“...una de las partes experimenta frustración ante la obstrucción o irritación causada por la otra parte...”*.

Pues bien, es tarea del sistema jurídico atender y dar remedio a aquellos que adquieran relevancia jurídica, lo cual introduce otro de los institutos procesales de interés para el estudio: la pretensión.

De este modo, Guasp (1961) identifica como la función del proceso, satisfacer pretensiones.

En efecto, una vez que el sistema jurídico admite una determinada queja social –input- para procesarla y generar una solución –output-, aquel conflicto social se traduce en una pretensión subjetiva. De esta forma, *“La queja en sentido social se transforma jurídicamente, en una pretensión”* (Tarigo, p.24).

Efectivamente, si se entiende que *“Solo puede hablarse de controversia [desde una perspectiva jurídico-procesal] cuando concurre un conflicto de intereses con trascendencia jurídica en el que ambas partes aspiran a una tutela jurídica”*

(Verdera Server (2004), p. 349), puede decirse entonces que esa trascendencia jurídica se ve formalizada, precisamente, en una determinada pretensión que se tiene la expectativa de ver satisfecha.

Con Guasp (1961) puede definirse la **pretensión**, como

“...una declaración de voluntad por la cual una persona reclama de otra ante un tercero supraordinado a ambas un bien de la vida, formulando al mismo tiempo una petición fundada, esto es, acotada o delimitada según los acaecimientos de hecho que expresamente se señalan” (p.225).

Interesa destacar, para la posterior evaluación de la materia objeto del arbitraje, los elementos de que se compone la pretensión, es decir: el **petitum** y la **causa petendi**.

El **petitum**, es siempre “...un bien jurídico, el cual se contempla en una norma como consecuencia jurídica...”. Puede tratarse, entonces, en las pretensiones de condena, de una prestación; en las pretensiones declarativas, la declaración de existencia –incluyendo su conformación- o inexistencia de la relación o situación jurídica; en las pretensiones constitutivas, será la creación, modificación o extinción de una relación o negocio jurídico. La **causa de pedir**, por su parte, se refiere a aquellos hechos o eventos previstos por la norma, para generar consecuencias jurídicas (Montero Aroca, 2004, pp.115-116).

Resulta pertinente introducir, a esta altura, otro concepto jurídico procesal de determinante interés en la investigación: la **heterocomposición** de conflictos.

Como se puede ver, existe una relación indisoluble entre la idea de pretensión y la intervención de un “...tercero supraordinado...” con relación a las partes en conflicto.

Dentro de las alternativas a disposición de la sociedad para la solución de conflictos, Guasp ha propuesto distinguir entre la fórmula heterocompositiva de solución de conflictos y la autocompositiva.

Por la primera, “...*fórmula más evolucionada de solución de litigios*” (Barona Vilar, 2004 p.61.), ha entendido Guasp (1961) que consiste en

... la intervención de un tercero espontáneo: caso de la mediación o buenos oficios, o en la intervención de un tercero provocado: caso de la conciliación (si los interesados conservan la libertad de desconocer la obra del tercero) o del arbitraje (si los interesados se vinculan voluntariamente a la obra del tercero) (p.12).

Se han examinado, hasta este punto, tan sólo algunas de las nociones básicas de las cuales habrá de echarse mano para construir la de mayor interés para la investigación, es decir, la del arbitraje.

Para ello, sin embargo, debe aludirse de forma introductoria, al objeto del arbitraje, campo en el cual, Montero Aroca (2004) formula su propia tesis, sobre la base de la aludida teoría de la satisfacción de pretensiones de Guasp.

Para este autor, no cabe entender que el objeto del arbitraje se relacione con una controversia o conflicto intersubjetivo de intereses jurídicos, lo cual relaciona con un enfoque más bien sociológico y no tanto jurídico. En contraste, conecta el objeto del arbitraje con una pretensión: “...*el objeto de un arbitraje, como el objeto de un proceso, es siempre una pretensión*” (p.114), entendiendo por pretensión, “...*una petición fundada que se dirige a un tercero, frente a otra persona, sobre un bien*” (p.115).

Como se ve, de antemano, en cuanto al arbitraje, “...*es preciso sostener el carácter procesal*” (Lorca Navarrete, 1997, p. 118). El arbitraje es, sin duda, un proceso, “...*medio a través del cual, se ejerce la función heterocompositiva...*”

(Barona Vilar, 2004, p.61), cuyo objeto son las pretensiones formalizadas por las partes.

Como cauce heterocompositivo que es, involucra la intervención de un tercero supraordinado, a saber, el **árbitro**, cuya trascendental intervención ha generado la expresión –hoy adagio del arbitraje- a que se refiere Clay (2001) según la cual, “...*Tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage*” (pp.11-12). De este modo, el árbitro adquiere un valor inconmesurable: el de ser garantía de neutralidad (Cremades, 1979).

Para Clay (2001), se puede definir al árbitro, “...*comme un juge privé désigné par ceux dont il doit trancher le litige*” p.18.

Partiendo de tal concepto, es posible destacar lo que denomina Jarrosson (1987), el efecto relativo de la tarea del árbitro: “...*L'arbitre n'est pas juge qu'à l'égard des parties*” p.105. De este modo, a diferencia del juez estatal, que al decir del mismo autor, “...*exerce sans discontinuer sa fonction de juger*”, el árbitro limita su capacidad de juzgamiento, al ámbito subjetivo de las partes que lo han designado y que se han sujetado a su autoridad.

La definición, además, deja entrever otras de las notas características del arbitraje, a la cual se ha hecho ya referencia: su naturaleza privada –no estatal- y además, voluntaria.

En cuanto a lo primero, uno de los rasgos distintivos del arbitraje, es su carácter privado, en el sentido de que no conforma el aparato estatal de solución de controversias, lo cual explica que se defina al árbitro, como un juez privado.

Por otra parte, en esta fórmula heterocompositiva de solución de conflictos, su carácter voluntario deviene en un criterio diferenciador de otros modelos, al grado

que se ha llegado a señalar con razón que “...se constituye así la voluntad de sumisión no en un elemento natural del negocio sino en su elemento esencial por *autonomasia*” (Merino Merchán, 2002, p.25). De ahí el calificativo del mismo autor, con respecto al arbitraje, de “*jurisdicción convencional o paccionada*” p.18.

La renuncia que formulan las partes a la jurisdicción estatal, debe siempre ser voluntaria. De no serlo, no podría hablarse entonces de arbitraje.

Todo esto permite introducir, ahora sí, la siguiente definición de **arbitraje** “*Es una fórmula heterocompositiva de solución de conflictos en la que interviene un tercero imponiendo la solución, acogiéndola las partes*” (Barona Vilar, 1999, p. 207).

Jarrosson (1987), por su parte, lo define en los siguientes términos: «... *institution par laquelle un tiers, règle le différend qui pose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confié par celles-ci.*» p.72.

Esta última definición, involucra un calificativo a la tarea del árbitro: su naturaleza jurisdiccional, con lo que cabe introducir una breve referencia a la naturaleza jurídica del arbitraje, sea como figura contractual o bien, jurisdiccional.

La concepción contractualista del arbitraje, fue acogida por procesalistas de la talla de Fairén Guillén, Guasp, Chiovenda, Rosemberg y Kirsch, entre otros (Artavia, 2000 p.43). Guasp redujo esta tesis a la siguiente expresión: “...*El arbitraje no es, en conjunto, una institución procesal (...). De allí que el árbitro no sea juez ni el arbitraje un fenómeno procesal, sino material y sustantivo, que por su estructura es un contrato de tracto procedimental*” (Guasp, 1956, p.22).

Por su parte, la tesis jurisdiccional, defendida por autores tan ilustres como Rocco, Alcalá Zamora, Briceño Sierra, Vescovi y Devis Echandía (Artavia, 2000, p. 45),

ponen su acento en la naturaleza jurisdiccional de la función arbitral y a los efectos que se le concede, universalmente, al laudo arbitral.

Se dice en cuanto a la tesis contractualista, que “...no se sostiene en la actualidad” (Barona Vilar, 2004, p.55).

Por otra parte, todo conduce a la aceptación, cada vez más extendida, de una tesis mixta en torno a la naturaleza del arbitraje.

Se coincide así en que “...en el nacimiento, el arbitraje es contractual, si bien en su desarrollo y conclusión –incluida su eficacia- es jurisdiccional” (Barona Vilar, 2004, p.57), tesis que comparte Oppetit (1998), para quien “...la nature juridictionnelle [del arbitraje] n’est plus contestée, même si son origine reste contractuelle” (p.28).

En ese mismo sentido, Jarrosson (1987) alude al carácter mixto del arbitraje, al cual califica como “... conventionnelle par son origine, juridictionnelle par sa fonction” (p.5). En cuanto al contenido convencional, destaca dos claras evidencias o consecuencias: son las partes quienes pueden designar sus árbitros –directa o indirectamente-, y además, son las partes quienes, voluntariamente, renuncian a la jurisdicción estatal (p.13). En lo que se refiere a lo jurisdiccional, tema que señala, “...ne suscite plus de réelles controverses” (p.101), estima que si bien el árbitro no resuelve la controversia en nombre del Estado, si lo hace en ejercicio de un poder jurisdiccional.

En el mismo sentido, para Chillón Medina & Merino Merchán (1991), a partir de estas características del arbitraje, cabe calificarlo como una “jurisdicción convencional”. Para los autores, es convencional tanto en virtud del contrato de compromiso que le da vida al instituto, como producto del acto que genera un “...vínculo obligacional entre litigantes y árbitros, y que crea una relación de

*servicios desde el instante en que se da la aceptación por los terceros llamados a dirimir” (p.118). El componente jurisdiccional lo encuentran los autores, “...en la especial eficacia que el Derecho otorga a los efectos del arbitraje (...) al otorgarles la ley misma tutela jurídica que a las sentencias judiciales, no obstante diferenciarse de ellas” (p.119).*

Para la mejor evaluación de la función jurisdiccional del árbitro, resulta indispensable, sin embargo, introducir una nueva precisión conceptual, referida ahora al concepto de la ***iurisdictio***, hoy **jurisdicción**.

En el Derecho Romano, dentro de las facultades atribuidas a los magistrados o pretores, se distinguía la *iurisdictio –ius dicere-*, que consistía en declarar el derecho que debe ser observado, es decir, se trata de lo que hoy corresponde a la función judicial (Zwank, 1961, p.989).

Esto explica, etimológica e históricamente, que con Couture (2005) se entienda por jurisdicción, lo siguiente:

...función pública realizada por órganos competentes del Estado [sic], con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución p. 34.

Se destaca en doctrina que esa facultad tiene como elementos integrantes: la *notio* –facultad de conocer todos los asuntos sometidos a su competencia-; la *vocatio* –capacidad de hacer comparecer a las partes al proceso-; el *iudicium* –la sentencia- y, finalmente, el ***imperium***. Interesa destacar, para el caso de éste último elemento, que se trata de lo que hoy se entiende como “... *la potestad de usar la fuerza pública para hacer efectivas las decisiones judiciales*” (Carlos, 1963, p. 538).

Partiendo de esa base conceptual, cabe destacar que al árbitro, pacífica y universalmente, hoy día se le acreditan poderes de *iurisdictio*, no así, el *imperium*, el cual se mantiene reservado al juez estatal, en vista del monopolio del Estado de hacer uso legítimo de la fuerza (Jarrosson, 1987; Barona Vilar, 1999).

Como bien señalan Chillón Medina & Merino Merchán (1991), el que los árbitros carezcan de *imperium* en nada desmejora el instituto del arbitraje, dado que se trata de “...una parte no esencial de la jurisdicción, que puede ser encomendada a otras autoridades, y en cualquier caso el árbitro desarrolla una función dotado de auctoritas...” (p.103).

Tal circunstancia, lejos de verse como un motivo o fuente de enfrentamiento entre una jurisdicción y la otra, ha sido considerada como una evidencia de las relaciones de colaboración o complementariedad entre una y otra (Merino Merchán, 2002; Oppetit, 1998).

El carácter complementario de la intervención judicial en el arbitraje, ha sido objeto de atención doctrinal. Si bien se trata de una condición que, en definitiva, corresponde al legislador definir, como señala Chocrón Giráldez (2000), esta condición queda en clara evidencia, a propósito de la adopción de medidas cautelares, poder que usualmente se reserva al juez estatal, así como a las medidas de ejecución forzosa del laudo, sin perjuicio del carácter revisor que adquiere la intervención judicial en el arbitraje, al conocer de los recursos contra laudos arbitrales.

Como puede verse, no cabe afirmar que en vista de sus diferencias, arbitraje y jurisdicción estatal se encuentren en un plano de confrontación. Como bien señalan Chillón Medina & Merino Merchán (1991), tal diversidad no coloca al arbitraje en una “...posición irreconciliablemente antitética frente a aquélla [la

Jurisdicción estatal], *sino que, por el contrario, le sirve de apoyo para encauzar aquellos conflictos jurídicos que las partes en el ejercicio de su autonomía de la voluntad someta libremente a un tercero para que resuelva sus diferencias, relevando al Juez del Estado a entrar al conocimiento de la controversia planteada*” (p.53).

## **B.- Tipología**

Las legislaciones suelen distinguir entre diversas modalidades de arbitrajes.

Así, típicamente, es posible discriminar entre el **arbitraje de Derecho** y **arbitraje de Equidad**, según sea, como señalan Hinojosa y Cubillo (2006) “...*el modo de decidir la controversia*” (p.105).

Para Lorca Navarrete (1997), estos arbitrajes encuentran su diferencia sustancial, “*en la preexistencia o no de una norma positiva que abstractamente deba ser aplicada en un caso u otro al arbitraje*” (p.160).

Esto supone, según explica el mismo autor, en un primer momento, que “...*en el arbitraje de derecho se aplica el derecho mismo y en el de equidad se crea y recrea ese mismo derecho*” (p.160).

Por otra parte, según explica,

...en el arbitraje de equidad, en el que el árbitro actúa según su saber y entender (se abandona la «lealtad» en el saber y entender), su actividad no debe tropezar con los límites que marcan las normas de ius cogens y, si procede en su decisión más allá de ese tipo de indicaciones, el único límite que posee es el respeto a las reglas básicas del orden público (p.160).

Como bien apunta Espugles Mota (2004), en la práctica, en el arbitraje de Equidad la solución dada por los árbitros se plantea “...*aportando la respuesta que*

*entiendan más justa desde su punto de vista personal”, a lo cual cabe agregar, para el autor, que por consecuencia no existe una clara obligación de fundamentar jurídicamente lo fallado, lo cual explica con razón el autor, no debe llevar a la errónea idea de que no tengan la obligación de “...dictar un fallo congruente, que aparezca, además, debidamente motivado...” , que además, no podrá desconocer o contrariar “las posibles normas jurídicas con vocación de aplicabilidad, desatender lo estipulado por las partes, o no tomar en consideración lo dispuesto en las normas imperativas que afecten la relación jurídica objeto de controversia” (pp.1116-1117).*

Cabe destacar, a ese mismo respecto, que como bien señala Gómez Gene (2005), *“el límite más relevante que encuentra el árbitro que resuelve en equidad es el que gira en torno a la aplicación de las normas imperativas”* (p.326). En efecto, como explica el autor, aún y cuando el pronunciamiento del árbitro de equidad pueda sustentarse en su leal saber y entender, ello no implica que puede por ello quebrantar o desaplicar normas imperativas. Como el árbitro de Derecho, el de Equidad ha de ajustar su laudo, a las normas de orden público.

Una noción cercana al arbitraje de Equidad, es el llamado arbitraje **pericial** o **técnico**. Como señalan con razón Chillón Medina y Merino Merchán (1991), en esos casos se está en un arbitraje en el cual *“...expertos en cualquier disciplina, trabajo o profesión, imponen su criterio como garantía de unos conocimientos altamente probados. Por tanto, se desprende que el árbitro-perito no necesita ser jurista”* (pp.128-129).

De esta forma, en este tipo de arbitrajes, al igual que en el de Equidad, el laudo se sustenta más bien, en el conocimiento propio –leal saber y entender- del árbitro, conocimiento que tendrá normalmente un carácter técnico, es decir, referido a una ciencia, técnica, arte o profesión. Así las cosas, el laudo se fundamenta más que de forma jurídica, de forma técnica, sin que, como sucede en el caso de los

arbitrajes de equidad, pueda por ello quebrantarse –por falta de aplicación o indebida aplicación-, las normas de orden público.

Otra distinción usual, es la formulada entre **arbitraje ad-hoc** y **arbitraje institucional**.

Modernamente, se ha venido dando un proceso de institucionalización del arbitraje, al grado que puede detectarse una “...*apuesta inequívoca a favor del arbitraje institucional*” por el propio legislador, en detrimento del *ad hoc* (Lorca Navarrete, 1997, p.339).

Se ha señalado como criterio definidor de un arbitraje de naturaleza institucional y uno *ad hoc*, el siguiente:

Distinguímos entre arbitraje institucional y ad hoc por la forma reglada o convencional de designar y constituir al árbitro o al colegio arbitral, y por la forma de dar inicio a su intervención. En el arbitraje ad hoc, las propias partes designan de forma directa o indirecta al árbitro, sin que existan reglas predeterminadas, mientras que en el arbitraje institucional las partes encomiendan a una institución la designa o confirmación del árbitro y la administración del arbitraje, de acuerdo con un procedimiento establecido (Munné Catarina, 2002, p.20)

Así, para este mismo autor, la característica esencial del arbitraje institucional radica en “*la intervención de una institución que administra u organiza el arbitraje, intervención que, en el arbitraje ad hoc, debe realizar en su caso el propio árbitro*” (p. 21).

En el mismo sentido, Chillón Medina y Merino Merchán (1991), encuentran como rasgo caracterizador del arbitraje ad hoc, en la “...*inexistencia de una organización preestablecida del arbitraje: la constitución de tribunal o colegio arbitral y la fijación de la regla de procedimiento queda al libre juego de las partes*” (p.129).

Finalmente, es preciso discernir entre el **arbitraje interno** y el **arbitraje internacional**.

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional Aprobada por la CNUDMI el 21 de junio de 1985, propone como criterios de caracterización del arbitraje internacional, los siguientes:

Artículo 1.-

(...)

3) Un arbitraje es internacional si:

a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o

b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:

i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;

ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o

c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.

4) A los efectos del párrafo 3) de este artículo:

a) si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje;

b) si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.

Como se ve, son múltiples los factores que pueden incidir en la definición de un arbitraje como internacional o doméstico. La definición de esos factores corresponde, en definitiva, a las legislaciones, sean de carácter internacional (Convenio de Nueva York de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros; Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional) o bien, de carácter interno.

En el caso de éstas últimas legislaciones, ha venido siendo la tónica acoger como

riterios para caracterizar un arbitraje como internacional, los recomendados por la UNCITRAL.

Precisamente, la Ley española 60/2003 de arbitraje, ha incluido, además de los señalados supuestos, uno adicional, el cual, según apunta Gómez Gene (2005), ha sido tomado de forma literal, del nuevo Código Procesal Civil francés.

En efecto, como explica el autor, además de los criterios de carácter espacial antes detallados, tanto el modelo francés como el español, han incorporado un criterio económico. De este modo, tanto el artículo 1492 del nuevo Código Procesal Civil francés, como el artículo 3 inciso c) de la Ley 60/2003 de arbitraje de España, disponen que se calificará como internacional, aquel arbitraje en el cual, *“la relación jurídica de la que dimana afecte a intereses del comercio internacional”*.

Como puede observarse, el supuesto cobra tal amplitud, que incluso podría pensarse, como lo hace Gómez Jene (2005), que los *“criterios espaciales (...) quedan prácticamente vacíos de contenido (...) porque el criterio económico tiene un alcance mucho más amplio que los criterios meramente espaciales”* (p.44).-

### **C.- Algunas nociones cercanas**

Con razón, Jarrosson (1987) alude a *“une famille de notions”*, refiriéndose así a ciertas nociones jurídicas cercanas al arbitraje, tales como la conciliación y la transacción.

Comparten estas nociones, su carácter autocompositivo, a diferencia de la aludida naturaleza heterocompositiva del arbitraje.

Como se ha visto, para Guasp (1961) habrá autocomposición, en aquellos casos en donde son las propias partes quienes alcanzan un determinado acuerdo que le

pone fin. Por su parte, habrá heterocomposición, en los casos en que se produce la *“intervención de un tercero espontáneo”* (p.12).

A estas nociones cabe agregar el instituto de la mediación, la cual según señala Galeote Muñoz (2006), consiste en *“...el mecanismo que permite a las partes llegar a un acuerdo que satisfaga al máximo sus intereses con la ayuda de un tercero, que es el mediador”* (p.64), pero que a diferencia del árbitro, no impone la solución.

Interesa señalar que es usual encontrar usos imprecisos de estos vocablos, al grado que se llegan a confundir en su verdadero significado, como sucede en el medio español, en el cual, el artículo 77 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, alude indistintamente a la transacción y conciliación, como sinónimos (Loperena Rota, 2000).

Esto hace aún más necesario, identificar el contenido de estos conceptos, lo cual se intentará hacer de seguido.

La figura de la transacción, posee un más rancio abolengo. Se trata, con todo, de un instituto jurídico que ha tenido manifestaciones desde el propio Derecho romano y que ha permanecido como una figura contractual nominada, con tratamiento específico en los Códigos Civiles.

En la doctrina y legislación comparada, se ha entendido que la esencia de esta figura contractual, consiste en el consentimiento de las partes en otorgarse concesiones recíprocas. Así se dispone, por ejemplo, en la normativa francesa, italiana, española, portuguesa, holandesa, alemana y griega (Jarrosson, 1987).

Para Peláez (1987), por **transacción** debe entenderse “...aquel contrato por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, evitan la provocación de un pleito o ponen fin al que había comenzado” (p.6).

Se atribuye a este contrato, como sus principales características, el de ser consensual, bilateral y sinalagmático, además de oneroso (Tamayo Haya, 2003).

A estas características, Loperena (2000) agrega su carácter obligatorio. En efecto, en el estudio sistemático que formula de este instituto en Derecho administrativo, este último autor plantea una derivación conceptual de marcado interés para esta investigación. Se trata de lo que denomina, la **transacción administrativa**, al que caracteriza como un contrato administrativo innominado, “...especie del género convenios de finalización del procedimiento, participando, consecuentemente, de la misma naturaleza.” (p.217).

Esto hace obligada la alusión al concepto matriz: **convenios de finalización del procedimiento o actos consensuales** (Parejo, 2003).

Como explica Huergo Lora (1998),

La Administración, que puede actuar unilateralmente ejerciendo sus potestades, prefiere en algunos casos ponerlas en juego en una negociación con los ciudadanos sujetos a ellas y celebrar con éstos acuerdos que, more contractuale, regulan sus relaciones jurídicas y permiten modular el ejercicio de las potestades. (...) Se trata, por tanto, de contratos sobre actos y potestades (pp.31-32).

Se ha estimado que este modo de ejercicio de la potestad administrativa, encuentra sobrado sustento constitucional. Por un lado, el Principio de participación ciudadana, de raigambre constitucional, garantiza al particular su integración activa en el accionar público, lo cual se logra, precisamente, con este tipo de actividad consensual de la administración, al ofrecerse la oportunidad para

que el ciudadano formule sus alegaciones en el procedimiento de formación del acto administrativo (Delgado Piqueras, 1995).

Parte del basamento constitucional de esta forma de ejercicio de las potestades administrativas, se encuentra también en la exigencia a veces expresa, de la eficacia de la acción administrativa. Se ve en estas fórmulas de continuo aprovechamiento en ramas como el Derecho ambiental y urbanístico, una fórmula más eficiente al evitar el conflicto con el ciudadano, al momento de adoptarse la decisión (Huergo Lora, 1998).

Se habla así, ya no de un acto administrativo unilateral, sino más bien, de un negocio jurídico en el cual confluyen las voluntades de la entidad pública y quienes son parte del procedimiento administrativo. Estos acuerdos de voluntades, se alcanzan en el contexto de un procedimiento administrativo en el cual, normalmente, la Administración hubiese adoptado –concreción de su potestad- un acto de naturaleza unilateral (Parejo, 2003; Delgado Piqueras, 1995; De Palma del Teso, 2000).

Al igual que en el caso de este tipo de actos, los consensuales están en posibilidad de dar término al procedimiento y podrían modificar, crear o extinguir una determinada relación jurídica. Esto explica que se entienda que su objeto es el “...ejercicio de una potestad administrativa” (Huergo Lora, 1998, p.31).

Se ha establecido, en cuanto a los actos administrativos consensuales, una diferenciación básica: por un lado, se encuentran los convenios de composición, que son los más frecuentes y por otro, los convenios de intercambio (Menéndez Rexach, 1993). A esta investigación interesan, en especial, los primeros, los cuales se alcanzan por sus partes, según señala el mismo autor, “...para dirimir diferencias de criterio sobre la aplicación de preceptos legales al caso concreto (...)”, mientras que en los segundos, “...las partes asumen derechos y deberes recíprocos (...)” (p. 265-266).

Dentro de este tipo de acuerdos, se encuentra, precisamente, la transacción. La principal consideración que gira en torno a la transacción administrativa, como la denomina Loperena Rota (2000), estriba en cuál es su objeto jurídicamente lícito, considerando la indisponibilidad muy propia de las potestades públicas.

Como se ha visto, típicamente, toda transacción administrativa se referirá sobre actos y potestades administrativas, lo cual se ha entendido jurídicamente imposible a propósito de la aludida indisponibilidad.

Pues bien, al respecto, han surgido al menos dos tesis que permiten rebatir tal señalamiento.

La primera consiste en señalar, con razón, que *“...la Administración no pierde sus facultades decisorias cuando contrata, sino que articula y expresa su voluntad por esa vía.”* (Delgado Piqueras, 1995, p. 187).

Es claro que al momento de transar, la Administración debe manifestar su voluntad. La única variante, *vis à vis* el acto administrativo, es que no lo hace de forma unilateral.

La segunda tesis sostenida para rebatir el dogma de la prohibición de la transacción en Derecho administrativo, consiste en señalar lo siguiente:

...es inadmisibles sostener que la autocomposición constituya una renuncia o disposición en torno a una potestad administrativa. Es que, cuando la Administración Pública expide un acto administrativo, ejerce plenamente su potestad pública, y cuando posteriormente, concierta un acuerdo con el particular afectado en torno a la revocatoria de dicho acto, no puede decirse técnicamente que esté renunciando al ejercicio de aquélla, porque ya la ha ejercido efectivamente... (Escobar Gil, 1994, p.2458.)

Pues bien, para autores de la talla de González Pérez (1998), “...será admisible la transacción respecto de relaciones jurídico-administrativas en la medida en que la Administración pública titular goce de un margen de disponibilidad con arreglo al Ordenamiento jurídico” (p.11).

Tradicionalmente, ese margen de disponibilidad se ha relacionado con las potestades discrecionales. La tesis, sin embargo, empieza a ser abandonada en la doctrina, que acepta también la transacción para el caso de actos o potestades regladas, lo cual se ha admitido, inclusive, en alguna normativa (González Pérez, 1998; Loperena Rota, 2000).

La definición de ese margen de disponibilidad, sin embargo, sigue siendo una zona gris, que tiene a ampliarse por algunos, a tal grado, que vacían de contenido el instituto bajo examen.

El legislador español consideró para ello tres distintas variables: el ordenamiento jurídico no debe ser contrariado; el acuerdo no puede ser lesivo al interés público, lo cual para Loperena Rota (2000), debe reflejarse en una manifiesta motivación por parte de la Administración, de la decisión adoptada y, finalmente, el acuerdo no puede ser lesivo para terceros.

Resta por evaluar el concepto de la **conciliación**. Se trata, como la transacción, de un mecanismo de solución de conflictos de carácter autocompositivo, si bien supone la participación de un tercero facilitador de esa solución.

Se distingue entre las conciliaciones, como en el caso de la transacción, entre la extrajudicial y la intrajudicial. Más modernamente, se propone distinguir, también, entre la conciliación internacional y la doméstica (UNCITRAL).

En el caso de la primera, se produce antes de la existencia del proceso o durante su existencia, pero no dentro de su trámite.

La conciliación intraprocesal podría definirse así,

... acto procesal en que las partes en presencia y con intervención de un juez o de un tercero investido transitoriamente de la función de administrar justicia, buscan la composición de un conflicto de intereses para terminar anticipadamente el proceso (Escobar Gil, 1994, p.2446).

La conciliación extraprocesal, se ha definido, por su parte, de esta forma:

...actividad mediante la cual las partes dan soluciones a una controversia, y son aconsejadas y guiadas por un tercero extraño, quien les propone en forma personal y, en su presencia, las formas de solución al conflicto (Artavia, 2000, p. 51).

La UNCITRAL propone una definición amplia de la conciliación. Se trata de la contenida en el artículo 1.3 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002) que dispone:

A los efectos de la presente Ley, se entenderá por “conciliación” todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros (“el conciliador”), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas. El conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia.

Finalmente, en torno a la conciliación, cabe destacar, por su aparente cercanía con la transacción, que a diferencia de lo que sucede en esta última, en la conciliación “...no es requisito sine qua non los sacrificios o renunciaciones recíprocas, pudiendo una de las partes renunciar total o incondicionalmente a sus derechos e intereses en conflictos a favor de la otra parte.” (Escobar Gil, 1994, p.2448).

## D.- El arbitraje en Derecho administrativo

Una vez fijada la identidad del arbitraje como noción jurídica, cabe ahora trasladar tal identidad, al Derecho administrativo.

Al respecto, la primera precisión que cabe plantear, se refiere a su correcta denominación. Y es que, como se verá, el ajuste no es meramente gramatical o semántico, sino que permite dejar en evidencia un aspecto de medular importancia en el tratamiento del tema central de este estudio.

Se debe a Cassese (1998), una acertada precisión conceptual. No cabe hablar, para el autor, como con frecuencia se hace, del “arbitraje administrativo”. Según su parecer, se trata de una expresión que no es técnicamente rigurosa, desde que el arbitraje es un instituto del Derecho común que encuentra aplicación, también, en el Derecho administrativo, sin que sea necesario efectuar mayores ajustes conceptuales o procesales. De este modo, no se justifica distinguir entre el arbitraje común y el “arbitraje administrativo”

Se trata, con todo, de una tesis que empieza a ser pacífica a nivel doctrinal. Al igual que Cassese, Merino Merchán (2002), de *lege ferenda*, califica como un error, ubicar el mal llamado “arbitraje administrativo” “...fuera de los parámetros establecidos en la Ley común del Arbitraje...” (p.104). Mantilla-Serrano (2005), por su parte, alude al “*sofisma del arbitraje administrativo*”, haciendo ver, en un estudio comparado de la normativa europea, que en ningún caso la normativa llega a distinguir entre un “*arbitraje común*” y uno “*administrativo*” (pp.90-91).

Formulada esa aclaración semántica, cabe realizar una aclaración conceptual de partida en el estudio. El arbitraje en Derecho administrativo, tiene al menos dos distintas manifestaciones.

En un primer sentido, el que podría decirse es tal vez el propio y natural del arbitraje, el instituto se presenta como “*aquel medio de resolución de conflictos en el que, como mínimo, una de las partes es una Administración Pública y acuerdan someter las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir en materia de su libre disposición a varios árbitros*” (Trayter, 1997, p.78).

Como se ve, la definición muestra una única variante respecto del concepto de arbitraje del Derecho común, una de carácter subjetivo. Al menos una de las partes deberá ser un sujeto de Derecho público.

En este supuesto, el arbitraje podría llegar a representar medio de control de la legalidad de la actividad administrativa (Santamaría Pastor, 2004). Se trata de la hipótesis más controvertida y que mayores resistencias e irritaciones causa aún en el sistema jurídico, como se tendrá la ocasión de apreciar más adelante.

En otro sentido, se alude al arbitraje administrativo, como una de las formas de la actividad administrativa. En estos supuestos, la Administración se ubica como el árbitro que dirime una contienda, típicamente, *inter privatos*. Es lo que se ha dado en llamar en la doctrina española, la actividad administrativa arbitral, sobre la cual se entrará en detalle de seguido.

## II.- LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA ARBITRAL

Tradicionalmente, se ha entendido que la dinámica de las administraciones públicas podía ser reducida mediante una clasificación tripartita: la actividad de policía; la actividad prestacional (servicio público) y la acción de fomento.

Sin embargo, el aumento de poderes de las administraciones públicas, ha generado nuevas manifestaciones, una cuarta relacionada con la actividad empresarial (en proceso de extinción) y la quinta, denominada, la actividad administrativa arbitral (Parejo, 1996).

Como es claro, interesa a este estudio conceptualizar esta última manifestación de la actividad administrativa, en vista de su aparente relación con el arbitraje (1).

Como se hizo ya referencia, a propósito de la reforma administrativa operada en el medio europeo y que ha influenciado inclusive otros medios, se dio el fenómeno de la *agencification*, mediante el cual, se han venido creando sujetos de Derecho público con una serie de potestades relativas a la solución de conflictos *inter privatos*. El fenómeno debe ser examinado, con el propósito de conceptualizar algunos de los institutos jurídicos que han ido generándose al respecto (2).

## **1.- ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA ARBITRAL Y PROCEDIMIENTOS TRIANGULARES**

Como lo explica Parejo (1996), el diseño y conceptualización de la llamada actividad administrativa arbitral, se debe al aporte dogmático de Parada Vásquez.

En primera instancia, la evaluación de esta teoría, exige la identificación de los conceptos o institutos jurídicos alrededor de los cuales gira la tesis (A) para, posteriormente, evaluar otra noción jurídica, esta vez de carácter instrumental, que se ha de relacionar con ésta. Se trata del que llama González Navarro, el procedimiento administrativo triangular (B).

Finalmente, resultará de interés examinar los distintos cuestionamientos que se han formulado con relación a esta teoría (C).

### **A.- La teoría de la actividad administrativa arbitral**

En efecto, desde hace varias décadas, Parada Vásquez ha venido evaluando esta vertiente de la actividad administrativa. Quizá el primer paso dado en ese sentido, se remonta a su estudio denominado “*Derecho administrativo, Derecho privado y Derecho garantizador*” (1967), en donde planteó el germen de la teoría que luego construyó con relación a lo que denomina “actividad administrativa arbitral”.

En ese estudio, Parada Vásquez identificó órganos estatales que asumían en la época, lo que calificó como una **función garantizadora** del Derecho, en contraste con la función creadora del Derecho, que corresponde, primordialmente, a los órganos legislativos.

Según el autor (1967), cabe entender por función garantizadora del Derecho, la función de “...decidir última y definitivamente, sustituyendo con su decisión la aplicación de la norma por otros sujetos” (p.66).

De esta forma, según fuere o no impugnada la decisión administrativa que resuelve sobre la aplicación de la norma, se consideraría que el respectivo órgano estatal ostentaba facultades garantizadoras del Derecho. De hecho, para el autor,

... no hay un sistema de órganos exclusivamente judiciales que ejerzan sólo una función de garantía del Derecho: lo que hay son órganos estatales, que además de realizar una función garantizadora del Derecho, están en posición de destinatarios, y por los actos realizados en esta posición responde o debe responder por el mismo Estado ante otros órganos estatales en función de garantía del Derecho. Por otra parte, en unos casos es preponderante la función de garantía dentro del núcleo de competencia del órgano, lo que prueba que principalmente fue creado con finalidad judicial; en otros esa función de garantía es accidental y accesoria respecto a otras funciones y competencias, lo que acredita que fue pensado predominantemente como órgano estatal administrativo (p.70).

Examinó en esa oportunidad (1967), además, algunos casos en los cuales correspondía a las administraciones públicas, la “...vigilancia sobre las normas que regulan relaciones inter privados”, lo cual se produce, mediante una intervención administrativa “...al margen del poder sancionativo” (p.82).

En esos supuestos, según explica Parada Vásquez (1967),

...la ordenación legal ... no se garantiza a través del otorgamiento a los interesados y afectados directos la correspondiente acción ante los Tribunales civiles, sino otorgando a la Administración un no necesario papel de árbitro, de juez provisional, decididora por ello de las cuestiones suscitadas a través de actos administrativos sólo atacables en la jurisdicción contenciosa, privando de este modo a los particulares afectados de un enfrentamiento directo dentro de un sistema de garantía equilibrado como es un proceso civil... (p.83)

Años después, a propósito de la publicación de su obra "*Apuntes de Derecho Administrativo*" (1970) y posteriormente, la que denominó "*Derecho Administrativo*" (1991, 3era Ed.), el autor llegó a formular un enfoque sistemático en torno a este tipo de actividad administrativa, lo cual le permitió comprobar que se trataba de una actividad atípica, en cuanto no encajaba claramente en ninguna de las usuales manifestaciones del quehacer de las administraciones públicas.

Así, aquello que vislumbraba el autor (1967) como una actividad administrativa "no necesaria", que lleva a la Administración a "*...una ridícula posición de parte en un proceso en que no tiene el menor interés*", pasó a ser un fenómeno jurídico que atrajo su interés investigativo, al grado que llega a sistematizar, por vez primera en el Derecho administrativo español –y sin duda Iberoamericano–, la teoría de la **actividad administrativa arbitral**, sistematización que arroja como primer producto, la siguiente definición conceptual (1991):

Actividad administrativa arbitral es aquella que realiza la Administración Pública cuando decide controversias o conflictos entre los administrados sobre derechos privados o derechos administrativos (p.500).

Más tarde (1999), el mismo autor plantearía esta nueva definición de la actividad administrativa arbitral:

... aquella que realiza la Administración Pública cuando ejercita la potestad de decidir unilateralmente conflictos entre los administrados sobre derechos privados o derechos administrativos bajo el control de la jurisdicción contencioso administrativa o civil... (p.16)

Plantea el autor (1991) que este tipo de actividades

...no encajan en la actividad administrativa de policía o limitación porque, aun admitiendo que al resolver esos conflictos la Administración restringe el derecho o la actividad de un particular, lo que quita a éste incrementa en la misma medida la actividad o derecho de otro sujeto (p.500).

Al margen de la evaluación de casos concretos que atañen al ordenamiento español, interesa considerar otra noción jurídica que forma parte de esta teoría. Se trata del **acto arbitral**, noción extraída del Derecho administrativo italiano, en donde se le conoce como “decisiones administrativas”. Por su parte, Nigro estima que se trata de aquellos:

...actos que expresan un juicio y cuya característica formal consiste en permitir un cierto proceso contradictorio entre la Administración y los sujetos interesados, o entre estos últimos entre sí (citado en Parada Vásquez, 1991, p.501).

De los escritos de Parada Vásquez (1991), podría derivarse, también, una tipología de la actividad, según se trate de un conflicto *inter privatos* referido a derechos privados o bien, a derechos administrativos.

En efecto, según dicho autor (1991),

Se encuadran, pues, en esta categoría de actividad arbitral sobre derechos administrativos todos los procedimientos en los que la Administración ha de decidir entre varias pretensiones enfrentadas para la obtención de determinada ventaja o derecho administrativo (...) Se trata, en todos estos casos, de procedimientos que tienden a garantizar la objetividad de la selección administrativa y la igualdad de oportunidades de los particulares (p.522).

Finalmente, es preciso aludir a los Principios que gobiernan, para el mismo autor (1999), esta actividad administrativa.

Se trata del **Principio de neutralidad** del órgano administrativo, que exige la existencia de un conflicto en que se enfrentan “...*pretensiones opuestas e inconciliables*...”, sobre las cuales debe resolver la Administración (p.21). Debe asegurarse, en esos casos, un órgano objetivo y que escape a toda posibilidad de parcialidad en la adopción del acto arbitral.

El segundo, es el **Principio de igualdad de oportunidades y medios de defensa**, el cual responde a una exigencia que deriva de la complejidad de los procedimientos administrativos, en los cuales habrá de asegurarse identidad de medios a las partes, para hacer valer sus derechos y pretensiones.

Finalmente, resta por evaluar las causas a las que atribuye Parada Vásquez el surgimiento –se verá adelante que es pendular- de esta vertiente de la actividad administrativa.

En ese sentido, el autor acusa una evolución en su pensamiento. En un primer momento, lo atribuyó, pura y simplemente, al “...*insatisfactorio funcionamiento de la Justicia civil*” (1991), para luego (1999) señalar que

...sobre todo obedece a razones de especialidad y eficacia, sin olvidar la causa más profunda y es la existencia de numerosas materias mixtas administrativo-civiles, caracterizadas por la superposición a la regulación civil básica de una tupida regulación administrativa (así ocurre con la propiedad y las normas urbanísticas, la contratación y la potestad tarifaria) que extraen las relaciones entre particulares, substancia del derecho privado, de su simplicísima regulación por el derecho civil, impregnándolas de un ingrediente de complejidad y de protección de un interés público, amén del privado, que justifica el cambio de un sistema garantizador desde el juez civil a la potestad decisorio-ejecutoria de la Administración, primero, y a la Justicia Administrativa después (p.18)

A esta nueva consideración, agregó

...la necesidad funcional de incidir profundamente por elementales razones de eficacia sobre derechos privados en los múltiples sectores de la intervención donde, además de la finalidad de garantizar la justa resolución de un conflicto, se presenta un interés administrativo concurrente en el seguimiento y resultados de la aplicación generalizada de la norma pp. 18-19.

En torno a estas causas se volverá adelante, a propósito del surgimiento de las autoridades administrativas independientes.

Todo indica, sin embargo, que la construcción de Parada Vásquez no ha sido lo suficientemente abarcadora de las distintas manifestaciones de la actividad arbitral de las administraciones públicas, al menos en cuanto la reduce a supuestos en que la administración resuelve mediante actos administrativos susceptibles de ser impugnados en vía contencioso administrativa.

En efecto, como explica Huergo Lora (2000), otra forma de manifestación de la actividad administrativa, se refiere a los casos en que, según su dicho, se produce

la atribución a órganos administrativos de la condición de instituciones arbitrales que pueden intervenir en la resolución de cuestiones litigiosas con arreglo a la LA de 1988 y en virtud del libre sometimiento de las partes (p.241).

En estos casos, son órganos administrativos quienes asumen el papel de árbitros y su actividad queda regida por la legislación de arbitraje común.

## **B.- El aporte de González Navarro a la teoría: la tesis del procedimiento administrativo triangular**

Como el propio Parada Vásquez (1999) ha aceptado, típicamente, el ejercicio de una potestad administrativa arbitral, supone la puesta en marcha de un procedimiento de naturaleza triangular.

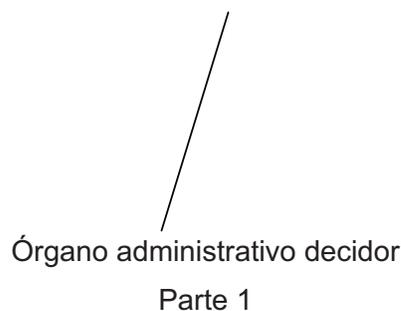
La noción ha sido estudiada en el Derecho administrativo español, por González Navarro (1997), acucioso autor a quien se debe la más prolífera construcción dogmática del instituto del procedimiento administrativo, lo cual incluyó el concepto del **procedimiento administrativo triangular**, el cual contrasta con el del procedimiento administrativo lineal.

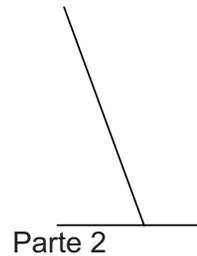
Según explica González Navarro (1997), típicamente, los procedimientos administrativos tienen carácter o fisonomía lineal: “...*la Administración es, al mismo tiempo, juez y parte*” (p.525).

Esa circunstancia que podría calificarse como típica, en el caso del procedimiento triangular desaparece, para articular una relación procesal más compleja.

En efecto, señala el autor (1997), en los procedimientos triangulares, “...*la Administración aparece decidiendo en un conflicto entre particulares, de manera que carece en absoluto de la condición de parte, pues es totalmente ajena a la relación jurídica discutida*” (p.525).

Gráficamente, esa fisonomía triangular de estos procedimientos puede describirse así:





Típicamente, en ejercicio de la llamada actividad administrativa arbitral, el procedimiento administrativo adquiriría una fisonomía triangular, al involucrar al menos tres distintos centros de imputación jurídica: las partes (al menos dos) y la Administración, en posición de garantizadora del Derecho.

Se atribuye, por medio de una disposición legal, la facultad de garantizar el Derecho, mediante la adopción de una resolución administrativa que pone término a una determinada diferencia entre, al menos, dos sujetos de Derecho distintos al órgano administrativo decisor.

Esta situación, generará, según señala con razón González Navarro,

La necesidad de tener presente la peculiar configuración de estos procedimientos a la hora de afrontar la solución de las diversas cuestiones que suscita la construcción de una teoría general del procedimiento administrativo. Es evidente, por ejemplo, que el problema de la carga de la prueba no puede solucionarse de la misma manera cuando la Administración es juez y parte (procedimientos lineales) que cuando su posición es imparcial (procedimientos triangulares) p.526.

Es claro que, además de la apuntada necesidad de prever garantías de neutralidad de la Administración e igualdad de oportunidades a las partes para ejercitar su derecho de defensa, surgen otras variables como la apuntada con relación a la carga de la prueba, no previstas en el caso de un procedimiento de carácter lineal, que es el comúnmente regulado por las legislaciones de procedimiento administrativo.

## **2.- ACTIVIDAD ARBITRAL Y AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES**

Sin duda, la nota más actual en la teoría de la organización administrativa, la aportan las autoridades administrativas independientes, también llamadas autoridades independientes.

Se trata, sin embargo, de una categoría incierta (Gentot, 1994; Guédon, 1991) que ha generado grandes controversias jurídicas.

A propósito de esa circunstancia, de seguido se hará un breve acercamiento conceptual a estas figuras de la organización administrativa (A), para luego enfocar el estudio, en una de sus más características actividades, la arbitral (B).

### **A.- Autoridades administrativas independientes: acercamiento conceptual**

La raíz de estas entidades, es anglosajona. Sistemáticamente, la doctrina así lo señala, al aludir a las *independent agencies* norteamericanas o a los *quangos* ingleses.

Con todo, se trata de un fenómeno de reciente data. Las primeras manifestaciones que reporta el Derecho norteamericano son de principios del siglo pasado (Gentot, 1994), mientras que en el ámbito europeo continental, en Francia datan de la década de los setenta (Guédon, 1991). Por su parte, en España las primeras evidencias afloran en la década de los años ochenta del Siglo recién pasado (Betancor Rodríguez, 1994).

Podría señalarse que existe una clara coincidencia en la doctrina a la hora de identificar el motivo del nacimiento de estas entidades.

El aumento en la complejidad de las sociedades, a propósito de la revolución tecnológica, la internacionalización de las economías y la vuelta a un régimen de libre competencia (Gentot, 1994), dejó en evidencia las carencias del modelo jerárquico y centralizado weberiano en que se basó el diseño de la Administración pública, para dar paso a un modelo policéntrico de centros de decisión (Teigen-Colly, 1988).

Este fenómeno propio de las sociedades postmodernas, puso entonces en evidencia las carencias de los instrumentos tradicionales con que la Administración acomete con sus funciones de regulación social (Teigen-Colly, 1988).

Se señala, en ese sentido, que las autoridades administrativas independientes, «...*attestent une insuffisance des structures traditionnelles pour répondre à des problèmes de sociétés complexes et évolutifs* » (Guédon, 1991, p. 16; en el mismo sentido, Teigen-Colly, 1988; Gentot, 1994).

Para Gentot (1994), esa desadaptación de las estructuras tradicionales de la Administración, se manifiesta en especial, en la rigidez de sus reglas; la definición de un entorno estatal muy “*contraignant*” y una jurisdicción administrativa que aporta soluciones a muy largo plazo.

De esta forma, detrás de la creación de las autoridades administrativas independientes, se encuentra una nueva fórmula de regulación social, caracterizada por una “*nécessaire souplesse de l’action*”, que se plasma en los procesos de elaboración de normas por parte de estas autoridades y por una política preventiva, que procura persuadir antes de sancionar (Guédon, 1991).

Se opta, entonces, por generar centros de acción que sean aptos para asegurar una protección **eficaz**, para lo cual, adoptan las siguientes características:

**son autoridades:** en el sentido de que se les asignan tareas de regulación social, mediante poderes de diverso signo, según sea el ámbito en que se desenvolverán y que involucran procesos de decisión y control (Gentot, 1994);

- **no son representativas:** en cuanto no tienen carácter corporativo. Sirven a intereses que “...caen en la órbita del Estado y que no pertenecen de manera especial a un determinado colectivo” (Magide Herrero, 2000, pp. 57-58);
- **son de naturaleza institucional:** en cuanto se les asigna una *universitas rerum*, para atender un fin (Magide Herrero, 2000);
- **son independientes:** del poder político y de los intereses concurrentes sometidos a su poder de supervisión o regulación. Se procura su neutralidad política, mediante medidas que aseguren su autonomía reforzada (Salvador Martínez, 2002) y un criterio técnico de gestión (Betancor Rodríguez, 1994).

Estas autoridades se han concebido como los medios idóneos para asumir tareas de regulación social en dos ámbitos: garantía de derechos fundamentales o bien, por razones económicas o técnicas (Salvador Martínez, p. 262; Teitgen-Colly, p.36). Se justifican, se dice, solamente en supuestos muy concretos o de excepción (Betancor Rodríguez, p. 29).

De ahí que Gentot (1994) les defina como

...organismes publics non juridictionnels et dépourvus de la personnalité morale qui ont reçu de la loi la mission d'assurer la régulation de secteurs sensibles, de veiller au respect de certains droits des administrés et sont dotés de garanties statutaires et de pouvoirs leur permettant d'exercer leurs fonctions sans être soumis à l'emprise du gouvernement (p. 16).

## **B.- Medios para el ejercicio de sus atribuciones: en especial, la potestad de solucionar conflictos *inter privados***

Como se ha visto, las autoridades administrativas independientes son el resultado de una reacción o ajuste del sistema jurídico, ante el aumento de complejidad de su entorno.

Ese proceso dejó en evidencia una serie de carencias muy propias de las administraciones públicas tradicionales: su dependencia política; su normal tendencia a adoptar decisiones sin criterio técnico; su rigidez e incapacidad de reacción en el corto plazo y su forma vertical y unilateral de aplicación de las normas, divorciada de fórmulas consensuales, capaces de prevenir el desajuste social.

Ante ello, la impronta de las autoridades administrativas independientes no ofrece tan sólo, la creación de nuevas entidades administrativas. Comporta también, la introducción de nuevas formas de actividad administrativa.

De este modo, típicamente, estas entidades asumen funciones de regulación, al grado que para Teitgen-Colly (1988), tal función equivale a "*l'idée d'œuvre*" a la cual responden.

Para cumplir con dicha función, se le asignan potestades de diversa naturaleza, de las cuales interesa destacar, por el objeto de este estudio, lo que se ha dado en llamar, competencias arbitrales o parajudiciales (Salvador Martínez, 2002).

En efecto, a propósito de lo que la doctrina francesa identifica como un "*...pouvoir de décision individuelle*" (Guédon, 1991; Gentot, 1994), las autoridades administrativas independientes suelen tener la potestad de resolver, mediante

actos administrativos concretos –resoluciones- conflictos *inter privatos*. Y es que detrás de la creación de estas autoridades, yace la idea de darle al Estado tareas de equilibrio social.

La idea la describe con precisión Guédon (1991), para quien:

Un autre visage de l'Etat semble ainsi apparaître: un Etat arbitre, subtil composé de «gendarme» et de conciliateur, incitateur. Son intervention a pour but de favoriser l'instauration d'un équilibre dans l'exercice des activités et des libertés, sans un recours systématique à l'encadrement rigide par la norme contraignante p.20.

Pues bien, esa tarea de árbitro –en sentido amplio- que se asigna a las autoridades administrativas independientes, suele manifestarse en la atribución, por parte del legislador, de potestades de solución de controversias, en ocasiones obligatorias –lo cual suscita dudas de constitucionalidad- o bien voluntarias.

Se trata, incluso, de unas de las tareas más habituales de las autoridades administrativas independientes a las cuales se atribuye el amparo de libertades fundamentales (Gentot, 1994), como también sucede en el caso de aquellas dedicadas a regular la prestación en competencia de un servicio público (Echandi, 2005).

En cuanto a esto último, se ha acreditado que es usual que las autoridades reguladoras de servicios públicos, asuman funciones arbitrales con el objeto de solucionar controversias entre los agentes económicos que compiten en el respectivo sector (Echandi, 2005), esto a propósito del “...carácter esencial de la actividad ordenada” (Magide Herrero, 2000, p. 359).

Más aún, “...en los Estados Unidos las independent agencies han tenido siempre atribuidas competencias para resolver los conflictos que pudieran surgir entre los

*ciudadanos que actúan en el sector regulado o entre éstos y la agencia” (Salvador Martínez, 2002, p. 356).*

La explicación de este desplazamiento del Poder Judicial en la solución de estos conflictos reside, para la doctrina, en que la justicia administrativa no logra ofrecerse como una alternativa idónea en la regulación social de sectores sensibles.

Se habla, en ese sentido, de una clara ineficacia de la justicia administrativa, en vista de que exige plazos que siguen siendo aún demasiado extensos (Gentot, 1994).

Por otra parte, se hace referencia a los altos costos, lentitud, complejidad de los procedimientos e incerteza de las decisiones judiciales, como otros aspectos negativos de la justicia estatal que propician la atribución de potestades de solución de conflictos a las autoridades administrativas independientes (Guédon, 1991).

Teitgen-Colly (1988), por su parte, identifica dos razones que permiten afirmar la incapacidad del Poder Judicial de cumplir con una ágil función reguladora.

Se trata, por una parte, de la ausencia en el ámbito judicial, de métodos preventivos (en el mismo sentido, Magide Herrero, 2000). Al juez le corresponde, tan sólo, resolver *a posteriori*, lo cual le impide la prevención y le limita en la corrección.

La segunda razón, estima el referido autor, se refiere al hecho de que «...*dans l'exercice même de sa fonction répressive le juge a fait preuve d'une certaine impuissance* » (pp. 38-39).

En efecto, la carencia de medios para ejercer la función reguladora y lo limitado de sus recursos, ubican al juez en una clara posición de impotencia, que hace ineficaz su papel de regulador social en ámbitos sensibles, como son los sometidos al poder de regulación de las autoridades administrativas independientes.

Cabe agregar, finalmente, que el carácter técnico de las decisiones adoptadas por estos órganos especializados, asegura al particular una decisión inclusive más especializada que la que podría ofrecer un juez estatal.

Como se dijo, en procura de la independencia política, la toma de decisiones por parte de estos entes, debe estar fundada en criterios de naturaleza técnica y ya no política. De esta forma, se aseguran altos niveles de especialización funcional y sectorial que lejos está el juez de poder poner a disposición del ciudadano.

Como se ha visto, a esta potestad hay quienes le asignan el carácter de actividad administrativa arbitral (Parada Vásquez), mientras que otros la califican como una actividad administrativa jurisdiccional (González Navarro, 1997).

Para Magide Herrero (2000), sin embargo, se trata de una nueva forma de actividad administrativa que responde a la función de supervisión administrativa de las administraciones públicas, a la cual habrá de dársele identidad propia. Sobre esto último se entrará en detalle más adelante en el estudio.

#### **IV.- LAS PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP**

Desde finales de la década de los años setenta del pasado siglo, en el marco del ya aludido *New Public Management*, se ha venido considerando como una de las alternativas para la gestión de servicios y obras públicas, el desarrollo de figuras de colaboración público-privadas.

Se trata de figuras contractuales *contracting-out* o *outsourcing* (Cassese, 2001a). Mediante estos instrumentos, las administraciones públicas acuden al sector privado con el objeto de desarrollar infraestructura y gestionar servicios públicos, sobre la base de técnicas financieras que antes les eran extrañas. Esto ha obligado a realizar los respectivos ajustes a nivel jurídico, con el objeto de adaptarse a estas nuevas fórmulas de gestión de la obra y el servicio público.

Esta circunstancia dejó abiertas, de par en par, las puertas para que la sociedad civil se integrara en el proceso de desarrollo y gestión de la infraestructura y de los servicios públicos.

De seguido se evaluará, por todo ello, algunos conceptos generales que inciden en ese fenómeno (1), para luego entrar a evaluar un aspecto de marcado interés para esta investigación: la necesidad de incluir, en todo contrato de esta naturaleza, una cláusula de solución de conflictos entre concesionario y concedente (2).

## **1.- CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO A LAS PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP**

Hay quienes encuentran los antecedentes de estas figuras, en los modelos de concesión previos al surgimiento del Estado Benefactor.

Para otros, sin embargo, se trata de una construcción postmoderna, en el tanto presenta grandes diferencias con respecto a aquellas figuras del Siglo XIX. Se dice al respecto, que mientras *“Las antiguas concesiones normalmente daban derecho al sector privado a utilizar libremente (lo que algunos autores han denominado “explotación”) el proyecto, con muy poca participación y control de los gobiernos patrocinadores”*, en las actuales se procura garantizar un pleno control del Estado desde el diseño del proyecto hasta que el bien pasa a su poder (ONUDI, 1999, p.4).

Y es que vale la pena reseñar, brevemente, algunos antecedentes históricos de los modelos de desarrollo y gestión de las infraestructuras y servicios públicos, dado que se ha presentado una constante evolución.

Mientras en el Siglo XIX se optó por una intensa intervención del sector privado en la prestación de servicios públicos y en el consecuente desarrollo de infraestructura para su prestación, durante gran parte del Siglo XX, la tendencia fue la contraria, al grado que se consolidaron monopolios estatales en la práctica totalidad de los servicios públicos y en el desarrollo de la infraestructura. La práctica perduró hasta la década de los años ochenta de ese Siglo, momento en el cual inició una tendencia contraria que vino a promover, de nuevo, aunque con las variantes apuntadas, la participación privada en el desarrollo de infraestructura y la prestación de servicios públicos (CMUDI, 2001, p. 1).

Ese movimiento pendular, se estima, tuvo como factores desencadenantes, a nivel general, las innovaciones tecnológicas; los altos niveles de endeudamiento

público; las consecuentes restricciones presupuestarias y, finalmente, la expansión de los mercados internacionales y domésticos de capital, lo cual generó mayores facilidades de acceso al financiamiento (CMUDI, p. 1).

Se atribuye también, al *“...deseo de aprovechar en mayor medida los conocimientos y métodos de funcionamiento del sector privado en el marco de la vida pública”,* así como *“...la evolución más general del papel del Estado en el ámbito económico, al pasar de operador directo a organizador, regulador y controlador”* (Comisión de las Comunidades Europeas, 2004, p.3).

Todos esos factores y otros más, desencadenaron una ruptura del paradigma interventor del Estado como único financiador de la infraestructura. De este modo, *“El Estado ya no está, al menos en las sociedades modernas y vertebradas, para pagar todo lo que de un modo u otro merezca el calificativo de público ni tampoco para ser su dueño”* (Ruiz Ojeda, 1999, p. 129).

Cabe destacar, por otra parte, que el interés por desarrollar estos modelos de cooperación público privada, estriba también en razones macroeconómicas: *“La mayoría de los estudios sobre desarrollo económico han descubierto que la inversión en infraestructura está relacionada con aumentos porcentuales de uno a uno en el producto interno bruto (PIB)”* (Banco Mundial, 1994, pp. 2-4).

Ante ese dato, sin embargo, los Estados lucen incapaces de asumir por sí solos, la exigencia financiera que involucran las grandes tareas pendientes en infraestructura. Se estima, por ejemplo, que *“...los países de Latinoamérica se necesitarán \$50.000 millones de inversión en infraestructura por año en la próxima década...”* Latin Report: Project Trends, Project Finance (junio 2000), citado p.2 INCAE.

Ante tan elevados requerimientos de infraestructura y vista la limitación de recursos financieros de fuente estatal, se optó por idear modelos financieros y jurídicos a los cuales se alude de forma diversa: así por ejemplo, mientras en Francia se habla de *Partenariat Public Privé*, en el Reino Unido, se habla de PFI.

El modelo incluye, para su puesta en acción, la definición de una política pública de **apertura de la infraestructura a la competencia**, lo cual involucra dos tareas específicas: identificar aquellas actividades que siguen calificando como monopolios naturales, en las cuales la introducción de la competencia no es viable, y la identificación de aquellas en que si resulta viable y conveniente abrir espacios a la competencia (CNUMDI, 2001, p. 7).

Esto ha generado resultados concretos. Se han identificado ya como sectores que admiten la apertura a la competencia, entre otros, las telecomunicaciones, la energía eléctrica, agua y saneamiento y el transporte (CNUMDI, 2001, pp. 9-10).

El ajuste exigió, como se dijo, la construcción de todo un andamiaje financiero y jurídico, que está basado en algunos conceptos que interesa examinar.

La primera noción es la de **Public Private Partnership**. Se trata de una expresión mediante la cual se alude a “...*las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio*” (Comisión de las Comunidades Europeas, 2004, p.3). –Libro Verde–

Vista la mención expresa del vocablo “infraestructura”, merece la pena establecer qué se entiende por éste o más específicamente, qué se entiende por **infraestructura pública**. Se trata de “...*toda obra o infraestructura física que preste servicios esenciales al público en general*” (CNUMDI, p. 4).

Desde el punto de vista financiero, en estos modelos se acude, normalmente, a la técnica del **Project finance** o **financiación de proyecto**, es decir, aquella *“...modalidad de financiación en la que el prestamista mira al flujo de efectivo para el reembolso de la deuda, y a los activos del proyecto para tener seguridad. Se conoce también por financiación estructurada porque requiere que la deuda y el capital social sean reestructurados de tal manera que los flujos de efectivo del proyecto sean adecuados para el servicio de la deuda”* (ONUDI, p. 324).

Uno de los rasgos característicos de este tipo de relaciones contractuales, es su extensión temporal. Se entiende que el **plazo** de la relación está *“determinado fundamentalmente por el tiempo necesario para que la corriente de ingresos del dispositivo pague la deuda de la compañía y proporcione una tasa razonable de rendimiento por el esfuerzo realizado y del riesgo asumido”* (ONUDI, p.3).

Por otra parte, está implícita en toda estructura de cooperación público-privada, el reparto de los riesgos entre el sector público y el privado.

De modo general, se entiende que corresponde al socio privado, asumir *“...riesgos que habitualmente soporta el sector público. No obstante, las operaciones de CPP no implican necesariamente que el socio privado asuma todos los riesgos derivados de la operación, ni siquiera la mayor parte de ellos”* (Comisión de las Comunidades Europeas, 2004, p.3).

Más específicamente, es preciso en todo proyecto de esta naturaleza, una detallada identificación de riesgos y la adopción de medidas para su gestión. Los **riesgos del proyecto** pueden ser clasificados, según la ONUDI, considerando dos criterios: los **riesgos generales** y los **riesgos de proyectos específicos**.

Los primeros se subdividen en tres distintos tipos. En un primer plano, se encuentran los **riesgos políticos**, relacionados con “...*la situación política interna y externa y la estabilidad del país anfitrión, la aptitud del gobierno en cuanto a permitir que el sector privado obtenga ganancias de proyectos sobre la estructura, y el riesgos de expropiación y nacionalización de los proyectos por el país anfitrión, anulación de la concesión y factores similares*” (ONUDI, p. 174).

Por otra parte, se alude a los **riesgos país de tipo comercial**. Se trata de aquellos riesgos “...*relacionados con la convertibilidad de los ingresos de la moneda del proyecto a moneda extranjera, así como los relacionados con el tipo de cambio, y la fluctuación del tipo de interés y de la tasa de inflación*” (ONUDI, p. 174).

También, se mencionan **riesgos país de tipo jurídico**. Se refieren, en este caso, a los riesgos de ajustes en el marco jurídico en que se basa en acuerdo del proyecto. Se dice por ello, que “...*consisten en que una legislación relativa al proyecto CET (por ejemplo, la legislación relativa al medio ambiente o a la propiedad) puede cambiar después de haberse ejecutado un proyecto CET. Estos cambios pueden afectar sustancialmente a la viabilidad a largo plazo del proyecto si no se compensa a los patrocinadores por esos riesgos*” (ONUDI, p. 174).

Finalmente, se identifican riesgos específicos de cada proyecto, los cuales se han clasificado en **riesgos en la formulación; riesgos de construcción/terminación y riesgos de explotación**.

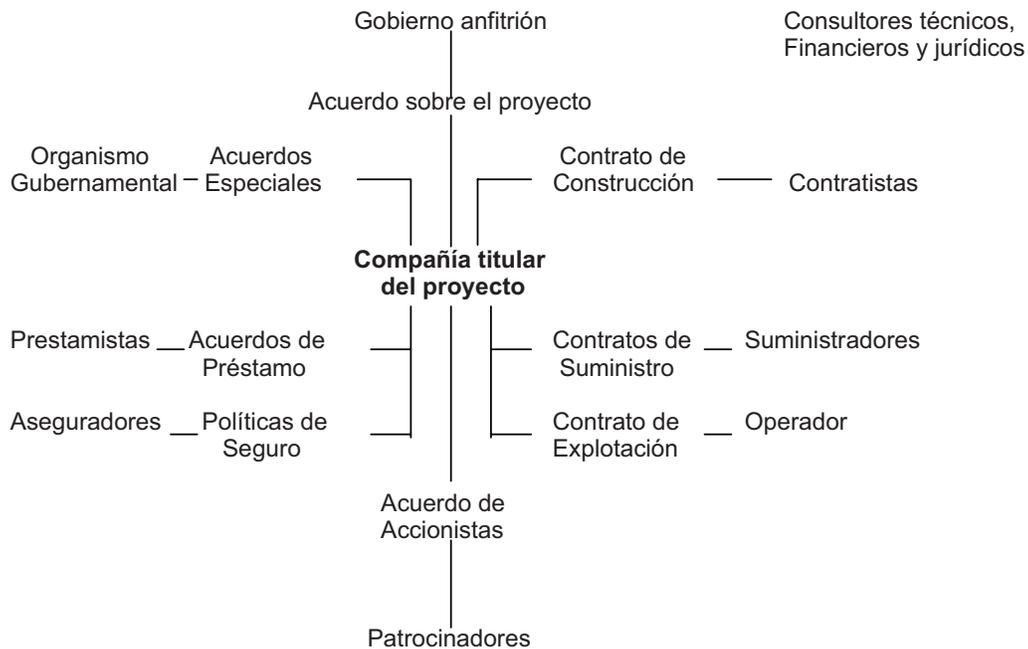
El cuadro de derechos y obligaciones de las partes definido en el acuerdo de proyecto o concesión, debe responder fielmente a la definición de los riesgos del proyecto y los criterios definidos para su gestión.

Por “**acuerdo del proyecto**” o concesión, se entiende “...*el acuerdo entre una autoridad pública y la entidad o las entidades seleccionadas para realizar el proyecto, en el que se enuncian las condiciones para la construcción o modernización, y para la explotación y mantenimiento de la infraestructura...*” (CNUDMI, p.5).

Para la ONUDI, por su parte, se trata de “...*un acuerdo entre un gobierno anfitrión y la compañía titular del proyecto, o patrocinadores, para permitir la formulación, construcción, y explotación de un proyecto y, por lo general, para tener acceso a servicios públicos*” (ONUDI, p. 319).

Es importante destacar que en el marco de estos modelos de desarrollo de infraestructura, se plantea una verdadera red de relaciones contractuales que involucran, ya no solo a la Administración y al concedente, sino también, a otras partes: los prestamistas; organizaciones financieras internacionales; aseguradores y asesores independientes (CNUDMI, pp. 20-24).

La estructura de estos proyectos, ha sido ilustrada por la ONUDI así:



Como se ve, en realidad, el acuerdo del proyecto o concesión, no es más que una de las piezas del complejo engranaje característico de estas técnicas de desarrollo de infraestructura, si bien, al fin y al cabo, es alrededor de ese acuerdo, que giran el resto de relaciones contractuales. Sobre esto se volverá adelante, a propósito del interés de una cláusula de solución de controversias.

Típicamente, en el diseño del acuerdo del proyecto o concesión, se incluyen reglas relativas a la asignación de responsabilidades de las partes; definición y ajuste de precios o tarifas; determinación de los “*performance targets*” a que queda sujeto el concesionario; penalidades y premios; plazo del acuerdo; reglas para su terminación normal o anormal; definición de casos de fuerza mayor o otros eventos ajenos a la voluntad de las partes y la solución de controversias (World Bank, 1998, pp.21-66).

Como es claro, interesa al estudio entrar en detalle en lo que se refiere a la cláusula de solución de controversias, tal y como de seguido se hará.

## **2.- EL INTERÉS DE LA CLÁUSULA DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL DISEÑO DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL**

En medio del comentado marco de colaboración público-privado, se han identificado ciertos requerimientos indispensables para poder ofrecer un favorable clima de negocios al inversionista.

Dentro de los parámetros considerados para valorar como atractivo un determinado medio, se enumeran los siguientes: existencia de disposiciones relativas al dominio público compatibles con la intervención privada en infraestructura; en general, normativa que no impida, jurídicamente, la intervención del sector privado en el desarrollo de infraestructura; regulaciones ambientales y de seguridad estables y en especial, las llamadas “...*enforcement provisions*”.

En cuanto a esto último, se trata, según un estudio del World Bank (1998), de lo siguiente:

...investors will want to make sure that all the rights they benefit from under the law can be enforced. Investors should be aware of these facts and assess in each case how the host country's court system functions. In some cases alternative dispute settlements mechanisms can be considered. Important questions include:

- How well do courts perform their functions (in terms of delays, costs, expertise, problems of corruption)?
- What alternative dispute settlement mechanisms are available in the country?
- Are public parties able to submit disputes to international arbitration?
- Will international arbitral awards be recognized in the country?
- Can these awards be enforced in practice? (p. 20).

Como explica la CNUDMI,

Los inversionistas, contratistas y prestamistas se sentirán animados a participar en proyectos de países en donde puedan estar seguros de que toda controversia surgida de los contratos que sean parte del proyecto se resolverá de forma imparcial y eficiente (p.191).

Como se ve, no se trata de excluir, *a priori*, como método de solución de conflictos el proveído por el Estado. Lo que sí resulta exigible es que, sea cual sea el modelo elegido, éste logre asegurar una determinada *performance* que lo haga compatible con las necesidades del interés público y el privado.

Lo que sucede, al decir del Conseil d'Etat (1993), es que a propósito de la incursión de las administraciones públicas en estos modelos de desarrollo de infraestructura, las mismas razones que justificaron en su oportunidad en el mundo de los negocios el arbitraje entre empresas privadas, justifican ahora el arbitraje entre personas públicas y personas privadas.

Una excesiva lentitud en el trámite y resolución de las disputas; limitaciones en el contenido del *petitum* –inexistencia de pretensiones de condena- dispuestas por la legislación procesal administrativa; existencia de obstáculos múltiples para el acceso a la jurisdicción –agotamiento de la vía administrativa- y otras variables más, pueden hacer que la jurisdicción estatal luzca **inadaptada** a las exigencias de pronta resolución de conflictos, en el marco del modelo de cooperación público-privada para desarrollo de infraestructura.

Según ha estimado el World Bank (1998), los acuerdos de proyecto, presentan cinco características específicas. De éstas se generan, a su vez, retos a los cuales debe responder el mecanismo de solución de controversias elegido:

- Many occasions for conflicts;
- Long-term nature of the concession relationship;
- Public nature of concession services;
- Large investments in immobile assets;
- Complexity and sophistication of projects. (pp.57-58)

En cuanto a la primera característica se señala que, típicamente, las concesiones involucran múltiples actores, cuyas interacciones pueden llegar a ocasionar conflictos.

Se identifican, así, toda una diversidad de controversias. Por un lado, pueden ser controversias entre el concesionario y la autoridad concedente u otros organismos públicos; entre el concesionario y una autoridad reguladora; etc. (en el mismo sentido, CNUDMI, 2004).

Todo esto hace que el inversionista, en vista de la potencialidad de los costos asociados a estos conflictos, tenga interés en que se le asegure “...*that it has access to reliable, neutral, and noncorrupt forums for dispute resolution*” (p.58).

En lo que se refiere a la segunda característica apuntada, en vista del usual largo plazo de estas relaciones jurídicas, existe alta probabilidad de que en algún momento dado, surjan disputas entre las partes (en el mismo sentido, CNUDMI, 2004). De este modo, aún y cuando éstas sobrevengan, “...*the parties will need to maintain a working relationship over many years, maybe decades*” (p.58), de modo que el método de solución de conflictos seleccionado, debería asegurar a las partes, “...*stay in good terms*”.

La tercera característica apuntada es quizá la que mayor importancia tiene. Se explica en el estudio del World Bank (1998), que la naturaleza pública de la relación, en cuanto implica el desarrollo de infraestructura diseñada para la prestación de un servicio público, hace que deban evitarse, a toda costa, las interrupciones del servicio, de modo que, en caso de disputas, “...*a decision must be made quickly...*” Esta circunstancia se ve aún más clara, en los casos en que es el concesionario quien presta de forma directa el servicio a los usuarios (p.58).

En este aspecto también coincide la CNUDMI (2004), al señalar que

...esos proyectos afectan normalmente a organismos públicos y, en alto grado, al interés público. Todo ello hace más imperiosa la necesidad de disponer de mecanismos que eviten en lo posible que aumenten los desacuerdos entre las partes y preserven su relación comercial; impidan la interrupción de las obras o de los servicios; y se adapten a las características especiales de las controversias que puedan surgir (p.192).

La cuarta característica apuntada se refiere a una consideración financiera. En estos proyectos, se generan grandes inversiones en activos fijos, lo cual involucra sustanciales costos hundidos. Se estima en ese sentido, que

This type of investment leaves investors vulnerable to political pressures since they are not able to pick up and go. Therefore, investors must be able to enforce the remedies and compensation provided for in the contract (p.58).

Finalmente, como se ha apuntado ya, tras estos modelos yace toda una red contractual que involucra, contratos de construcción, financieros, de operación de la infraestructura, etc., lo cual, para efectos de la solución de controversias, *“...implies a need for expertise in dealing with complex commercial, legal, and technical issues”* (En el mismo sentido, CNUDMI, 2004, p. 192).

Estas consideraciones han hecho que distintos estudios (World Bank 1998; CNUDMI, 2004), hayan puesto especial atención a la valoración de las debilidades y fortalezas de las distintas modalidades de métodos de solución de conflictos a disposición, lo cual se resume en el siguiente cuadro comparativo:

<b>Judicial</b>	<b>Administrativo</b>	<b>Arbitral</b>	<b>A.D.R.</b>
Se refiere al método tradicional de solución de conflictos que ofrece el Estado mediante el Poder Judicial.	Se trata del caso de tribunales administrativos especializados, a los cuales podría asignársele la competencia de resolver cierto tipo de conflictos.	Incluye tanto el de carácter doméstico, como el internacional.	Se incluye en esta clasificación, figuras tales como la mediación, conciliación y la negociación amigable entre las partes.

Fuentes: World Bank 1998; CNUDMI, 2004.

En lo que al modelo estatal de solución de conflictos se refiere, del estudio del World Bank, es posible derivar el siguiente cuadro de ventajas y desventajas:

#### **Sistema Judicial de Solución de Controversias**

<b>Ventajas</b>	<b>Desventajas</b>
“equipped with well-developed rules on “joinder of parties” (that is, rules that would be used to join contractors, for example, to a dispute arising –to which they are not a party- when they share part of the responsibility for the breach) and on the production of documents and witnesses”	“...too cumbersome, slow, and expensive. The adversarial nature of the proceedings may damage the long-term relationship of the parties. The courts may lack sufficient technical expertise for the type of dispute in question. The courts may not be completely neutral arbiters of disputes involving private and public parties or domestic and foreign parties. The courts may be corrupt”

Fuente: World Bank, 1998, p.59

Para el caso del arbitraje, se han considerado las siguientes ventajas y desventajas:

### Sistema Arbitral de Solución de Controversias

<b>Ventajas</b>	<b>Desventajas</b>
<p>“Confidentiality: for example, as it relates to commercial secrets;  Expertise: parties can choose arbitrators on the basis of their technical expertise.  Neutrality: arbitrators can be chosen from among individuals unrelated to the parties in dispute.  Integrity: arbitrators can be chosen from among individuals of high moral repute.  Speed is also usually considered one of the main benefits of arbitration.  In countries with inefficient court systems, however, the costs and delays of arbitration can still be minimal compared to the judicial alternative.”</p> <p>“Mayor flexibilidad que pueden tener los árbitros para adoptar sus medidas correctoras apropiadas, todo lo cual puede ser beneficioso para conservar y desarrollar la relación a largo plazo implícita en los acuerdos de proyecto.”</p>	<p>“...increased formality in recent years has also engendered important delays and costs”</p>

Fuentes: World Bank 1998; CNUDMI, 2004.

## Sistema Arbitral Internacional de Solución de Controversias

Ventajas	Desventajas
<p>“foreing investors often see international arbitration, as opposed to domestic arbitration, as the only mechanism able to provide them with some assurance of repair and compensation if relations with government sour.</p> <p>“...may be the most reliable mechanism for obtaining enforceable awards.”</p> <p>“Los inversionistas y prestamistas privados en particular los extranjeros, prefieren el arbitraje, que suele organizarse en un país que no sea el país anfitrión, por razón de que las partes pueden organizar el procedimiento de modo que resulte menos formal que el judicial y responda mejor a sus necesidades y a los rasgos peculiares de las controversias que pueden plantearse en un acuerdo de proyecto...”</p>	<p>“Inability to resolve conflicts that require urgent attention or timely resolution.</p> <p>Impracticality for the resolution of recurrent issues.</p> <p>Difficulty in accommodating the participation of interests other than disputing parties.</p> <p>Inability to resolve disputes arising from regulatory decisions that required broad discretion to be applied in the public interest.</p> <p>Adversarial nature”</p>

Fuentes: World Bank 1998; CNUDMI, 2004.

Del estudio del World Bank, interesa rescatar el siguiente cuadro comparativo, en donde se señala, según sea la naturaleza de la disputa, cuál vía es la más aconsejable:

### Some Dispute Settlement Techniques and their Appropriateness for Concessions

<i>Characteristics of concessions</i>	<i>Goals in dispute settlement</i>	<i>Courts</i>	<i>Independent regulator</i>	<i>Nonbinding ADR</i>	<i>International arbitration</i>
Many occasions for conflicts	Access to reliable, neutral, and noncorrupt forums	=	=	+	+
Long-term nature of services	Sustainability of the parties relationship	-	+	+	-
Public nature of Services	Prompt resolution, open and inclusive process	-	+	+	-
Large investment in immobile assets	Enforceability	=	-	-	+
Complexity and sophistication of ...projects	Expertise	-	+	+	+

+ Usually appropriate – Usually inappropriate or presents difficulties = Appropriateness highly dependent on the independence and accountability of the decisionmaking body.

Fuente: World Bank, 1998, p. 61.

Todas estas consideraciones ha conducido a establecer como la fórmula más adecuada de solución de conflictos en esta materia, aquella en la cual se opta por una diversidad de alternativas para las partes (World Bank, 1998, p. 61).

A modo de ejemplo, se recomienda en el Typical Power Purchase Agreement, prever una cláusula de solución de controversias que incluya, en primera instancia, una fase de negociación de buena fe entre las partes y luego, un arbitraje de naturaleza internacional, sea ante el CIADI o bien, regido por las reglas de la CNUMDI. Se prevé, también, la posibilidad de un arbitraje pericial para el caso de asuntos técnicos que requieran una celeridad en la resolución (World Bank, 1998, pp.113-114).

#### **IV.- INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA COMO NOCIÓN JURÍDICA**

Tal y como se adelantó, la internacionalización de la economía ha generado un creciente aumento de los flujos de inversión a nivel mundial. A partir de ese fenómeno, se han desarrollado nociones tales como la Inversión Extranjera Directa, sobre la cual debe formular algunas precisiones (1).

Por otra parte, a propósito del desarrollo de políticas de atracción de inversión, ha proliferado la práctica internacional de negociar y suscribir Tratados Bilaterales de Inversión (BITs, por sus siglas en inglés). Se trata de instrumentos del Derecho Internacional de la Inversión mediante los cuales se asumen compromisos de tipo material e instrumental, con el afán de generar un buen clima de inversión. Interesa, entonces, examinar las distintas nociones jurídicas que involucra esa práctica (2).

Como se verá, típicamente, los BITs contienen una cláusula de solución de controversias para ciertos supuestos concretos. Se trata de un mecanismo heterocompositivo de naturaleza arbitral internacional, al cual se otorga acceso

directo al inversionista, sin que se requiera la intervención del Estado de origen. Es preciso, por ello, entrar en algunos detalles de tipo conceptual relativos a estos mecanismos de solución de controversias (3).

## **1.- LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA (IED)**

El interés de la IED reside en razones macroeconómicas. Se ha establecido (Umaña, 2002, p.4) que las economías tienen, en lo fundamental, cuatro fuentes de ingresos, a saber: el ahorro; la ayuda internacional; la deuda y la IED.

Al menos para el caso de los países latinoamericanos, es fácil establecer su incapacidad estructural para generar ahorro. Por otra parte, fenómenos de política internacional han desviado los canales de cooperación hacia las denominadas economías en transición, lo cual ha generado una disminución cuantitativa de la cooperación internacional. Finalmente, la capacidad de endeudamiento ha llegado a su tope, tanto a lo interno, como a lo externo, lo cual permite entender que “...*la única fuente de recursos con potencial de crecer es la IED*” (Umaña, 2002, p.10).

Diversas entidades internacionales ha venido monitoreando este fenómeno económico desde una perspectiva cuantitativa. Esto ha permitido acreditar algunos descensos y ascensos en los flujos de inversión. Sin embargo, lo cierto es que la IED es una realidad económica estable en el tiempo y que, según se vislumbra, podría crecer próximamente. Según la UNCTAD (2005),

Gracias al fuerte incremento de las corrientes de inversión extranjera directa (IED) hacia los países en desarrollo, en 2004 repuntó ligeramente el monto mundial de la IED después de tres años de descenso de esas corrientes. Con una cifra de 648.000 millones de dólares, las *entradas* mundiales de IED fueron en 2004 un 2% superiores a las de 2003. Las entradas en los países en desarrollo, que alcanzaron la suma de 233.000 millones de dólares, aumentaron considerablemente en un 40%, mientras que las entradas de IED en el conjunto de los países desarrollados sufrieron una disminución del 14%.

En consecuencia, la parte porcentual de los países en desarrollo en las entradas mundiales de IED fue del 36% (...), la cifra más alta de 1997 (p.9).

Como se puede observar, el fenómeno adquiere, cada vez más, una condición global. Aunque con disparidades cuantitativas, las entradas y salidas de IED atañen a países en desarrollo y países desarrollados por igual.

Esto refuerza el interés de lograr definir ¿qué se entiende por IED? La OECD ha propuesto definirla así:

**Direct investment:** is a category of international investment made by a resident entity in one economy (direct investor) with the objective of establishing a lasting interest in an enterprise resident in an economy other than that of the investor (direct investment enterprise). "Lasting interest" implies the existence of a long-term relationship between the direct investor and the enterprise and a significant degree of influence by the direct investor on the management of the direct investment enterprise. Direct investment involves both the initial transaction between the two entities and all subsequent capital transactions between them and among affiliated enterprises, both incorporated and unincorporated.

Sornarajah, por su parte, entiende por IED *"... la transferencia de activos materiales o inmateriales de un país a otro con la intención de generar un beneficio bajo el control total o parcial del propietario de esos mismos activos."* (1994, Sornarajah, citado en Sbert, 2001, p. 32).

Otro autor (Mutharika) define la IED como *"La adquisición por un inversionista de un interés de largo plazo en una empresa que opera en una economía distinta de aquella de la del inversionista"* (Citado en Umaña, 2002, p. 13).

Se ha estimado por parte del Fondo Monetario Internacional, para efectos estadísticos, que una inversión extranjera califica como directa, cuando alcanza al

menos el diez por ciento del capital social de la empresa (Citado en Umaña, 2002, p. 13).

Estas inversiones suelen traducirse mediante tres distintas actividades: *green field projects*; privatizaciones –o modelos de participación público-privada- y fusiones/adquisiciones.

En el caso de la primera forma de inversión, se trata de aquellos proyectos en que el inversionista parte de cero en el país receptor, de modo que desarrolla actividades como la construcción de una planta, contratación de personal, etc.

En el caso de las privatizaciones -y se agrega, de los llamados modelos de participación público-privados-, la inversión se canaliza mediante el desarrollo de una actividad prestacional que delega el Estado receptor en el inversionista.

Por último, las fusiones o adquisiciones, se traducen a la compra o uniones de empresas locales por inversionistas extranjeros. Esta última modalidad, es la forma más usual a nivel mundial, de inversión extranjera (Umaña, 2002, p. 11-12).

Es pacífica la tesis según la cual (Dunning, citado en UNCTAD, 1998, p.89), habrá terreno fértil para la atracción de IED, cuando se presenten tres distintos factores de forma simultánea: una política pública de atracción de IED; condiciones económicas idóneas y procesos de facilitación de los negocios.

### **Host country determinants**

<p><b>I. Policy framework for FDI</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Economic, political and social stability</li> <li>• Rules regarding entry and operations</li> <li>• Standards of treatment of foreign affiliates</li> <li>• Policies on functioning and structure of markets (especially competition and M&amp;A policies)</li> <li>• International agreements on FDI</li> <li>• Privatization policy</li> <li>• Trade Policy (tariffs and NTBs) and coherence of FDI and trade policies</li> <li>• Tax policy</li> </ul>
<p><b>II. Economic determinants</b></p> <p>A.- Market-seeking  B.- Resource/asset-seeking  C.- Efficiency-seeking</p>
<p><b>III. Business facilitation</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Investment promotion</li> <li>• Investment incentives</li> <li>• Hassle costs</li> <li>• Social amenities</li> <li>• After-investment services</li> </ul>

Fuente: UNCTAD, 1998, p. 91.

Interesa a esta investigación, en especial, el factor de política estatal de atracción de inversiones.

Se ha señalado al respecto (UNCTAD, 1998) que

Core FDI policies consist of rules and regulations governing the entry and operations of foreign investors, the standards of treatment accorded to them, and the functioning of the markets within which they operate (UNCTAD, 1996a and 1997a). These policies can range from outright prohibition of FDI entry to non-discrimination in the treatment of foreign and domestic firms -and even preferential treatment of foreign firms. They typically satisfy various objectives- reducing or increasing FDI, influencing its sectoral composition or geographical origin, encouraging specific contributions to the economy and affecting ways in which these contributions are made. To achieve these objectives, FDI policies are usually accompanied by other policies that also influence investors' decisions (p.92).

Como se explicará de seguido, en el marco de esta política estatal, la formalización de tratados bilaterales de inversión, representa un paso central al servir como instrumento para definir las reglas materiales de trato del inversionista extranjero, así como las instrumentales, de todo lo cual se entrará en detalle de seguido.

## ***2.- EL SURGIMIENTO DE UN DERECHO DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES EXTRANJERAS***

Modernamente, es posible afirmar la existencia de un sistema de promoción y protección de las inversiones extranjeras con su propia y especial autonomía.

Se trata, con todo, del resultado de una evolución (A) propia de fenómenos como la globalización e internacionalización de las economías, proceso asentado, entre otros fenómenos, en el acusado fenómeno de la inversión extranjera directa.

Este proceso evolutivo, quizá, tiene como punta de lanza la ruptura revolucionaria de los clásicos modelos de solución de diferencias previstos por el Derecho internacional, todo lo cual obedece a la proliferación de los denominados Tratados Bilaterales de Inversión (BITs), lo cual obliga a su breve examen en el marco del esfuerzo conceptual contenido en este capítulo del estudio (B).

## A.- Proceso evolutivo

La doctrina del Derecho Internacional Público refiere a un proceso evolutivo en el régimen jurídico de la inversión extranjera.

En efecto, según refiere Vives Chillida (1998), durante el Siglo XIX la protección del derecho de propiedad privada de empresas extranjeras frente al ejercicio del poder de imperio de los Estados, se desarrolló al amparo de una concepción estatocéntrica de las relaciones internacionales, de modo que *“...el Estado era considerado casi el único sujeto del ordenamiento jurídico internacional, en todo caso, el sujeto más importante; el único legitimado para efectuar una protección de la persona y bienes de sus nacionales en el extranjero”* (p.1).

En ese contexto, como explica Vives Chillida (1998), el primer instrumento considerado por las grandes potencias para amparar a sus nacionales afectados por la confiscación de su propiedad, se relacionó con la llamada diplomacia de la cañonera o gun-boat diplomacy, la cual llegó a regularse mediante el Convenio de La Haya en 1907 (Convenio Drago-Porter).

De este modo, según refiere el citado autor, se llegó al consenso de que la intervención militar o armada, quedaría reservada para aquellos casos en que los Estados deudores se negaran a resolver el litigio por la vía arbitral o en caso de que, habiéndose dictado un laudo, no fuese cumplido por el Estado condenado.

Durante esta fase de la evolución de este régimen jurídico, en suma, en aquellos casos en que se producía un conflicto relativo al ejercicio del poder ablativo de los Estados con relación a propiedades de empresas extranjeras, típicamente el Derecho Internacional Público ofrecía alternativas en las cuales se negaba al inversionista –nacional de otro Estado- el *ius standi*, el cual quedaba entonces reservado al Estado de su nacionalidad.

Esta consideración, como refiere el autor y en general la doctrina (Fernández Masía (2004) y Herz (2003)), hizo que las alternativas ofrecidas al justiciable, exigieran la intervención diplomática de su país de origen, previo agotamiento de los recursos internos del Estado responsable.

Es decir, en primera instancia, debía el inversionista acudir al derecho interno – ordenamiento jurídico interno- para intentar encontrar amparo a sus derechos económicos. Agotados tales recursos –lo cual se entiende a nivel de Derecho internacional que se da incluso en caso de dilación excesiva en su resolución-, quedaba a disposición del inversionista la posibilidad de optar por la protección diplomática.

Esta situación introducía, claramente, un sesgo político a la discusión que en nada contribuía a la solución del fondo de la disputa (Fernández Masía, 2004), en el tanto, el amparo diplomático no siempre se daba, al privar en ocasiones criterios de política internacional, como los de conservar una relación amistosa con el Estado receptor de la inversión, por encima de amparar derechos de propiedad privada de un nacional.

En este esquema, según señala Vives Chillida (1998), *“...el arbitraje entre Estados y particulares es imposible fuera del Derecho de un Estado”* (p.4).

El régimen, sin embargo, empezó a flexibilizarse, dado que paralelamente, se había iniciado la práctica de suscribir “Contratos de Estado” entre Estados de países en desarrollo e inversores privados en los cuales se definían los derechos y obligaciones de ambas partes (Fernández Masía, 2004).

Estos contratos que solían incluir cláusulas de resolución de conflictos mediante un arbitraje internacional, han sido considerados (Vives Chillida, 1998), como la clave de la evolución de la protección diplomática hacia el arbitraje entre Estados y

particulares y por ello, base del desarrollo del actual modelo de protección de la inversión extranjera.

De este modo, la piedra angular del nuevo régimen, sería precisamente reconocer al justiciable el *ius standi*, de modo que quedase en capacidad jurídica suficiente para accionar de forma directa y sin intervención diplomática del país de su origen, al Estado que afectó su inversión.

Esto trae consigo el inicio del fin del principio de competencia de los tribunales internos para resolver las controversias referidas a la confiscación total o parcial de las inversiones extranjeras, que a nivel latinoamericano, estuvo sustentada en la llamada Doctrina Calvo.

El fracaso de diversos enfoques multilaterales de protección de la inversión extranjera, según reseña Fernández Masiá (2004), contribuyó a que una iniciativa del Banco Mundial finalmente condujera a la redacción del llamado Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965, mediante el cual se creó una instancia neutral de solución de controversias entre inversionistas y Estados receptores de inversión.

Se intentó así responder a la problemática que ocasionaba la politización de los conflictos producto del referido modelo clásico de protección de las inversiones que inicialmente ofreció el Derecho internacional público como solución, así como a la acusada falta de neutralidad de los tribunales nacionales, a la hora de conocer de estos conflictos.

Esta nueva fase evolutiva, es la que potencia el instituto de los tratados bilaterales de inversión, así como más recientemente, la inclusión en los capítulos de inversión de los tratados de libre comercio, de un modelo de resolución de conflictos entre Estado e inversionista.

## **B.- Los Tratados Bilaterales de Inversión**

Al crecer el interés por el fomento de la inversión extranjera directa, era claro que la aludida flexibilización de los clásicos instrumentos del Derecho internacional de protección de la inversión extranjera, debía acelerarse, de modo que, como explica Fernández Masiá (2004) *“el miedo atroz a que los posibles daños a su inversión causados por lo Estados receptores quedasen impunes”* (p.19), no ocasionaran una retracción de los flujos de inversión.

En ese contexto, surgen –o más bien, como se verá- resurge (a) la idea de promover tratados bilaterales de inversión que proporcionen seguridad jurídica al inversionista y acceso a instrumentos de solución de conflictos caracterizados por sus altos grados de neutralidad y de celeridad (b). Se trata de los llamados Tratados Bilaterales de Inversión (BITs), los cuales, como se verá, incluyen en su contenido típico, cláusulas referidas a la solución de controversias entre el inversionista y el Estado receptor (b).

### **a.- Antecedentes históricos**

Según refiere la UNCTAD (1998), los antecedentes de los BITs se remontan al Siglo XVIII, a propósito de acuerdos suscritos por países como los Estados Unidos de Norteamérica, Japón y algunas naciones europeas.

Se trata de los llamados Friendship, Commerce and Navigation Treaties, conocidos por sus siglas en inglés: FCN. Según el estudio de la UNCTAD, estos convenios internacionales difieren de los actuales BITs, en el tanto incluían numerosas regulaciones en materias más allá de la inversión extranjera. Por otra parte, a diferencia de lo que sucede con los BITs, que suelen negociarse entre países desarrollados y no desarrollados, los FCN fueron negociados entre países desarrollados.

La segunda etapa identificada por la UNCTAD en este proceso evolutivo, nace una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, a propósito del Marshall Plan instaurado por el gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica. El Plan incluía un programa de aseguramiento del riesgo político que procuraba reducir los temores a la inversión en territorios extraños a la nacionalidad de los inversionistas.

Es hasta 1959, según la UNCTAD, que la República Federal de Alemania negocia un tratado bilateral de inversión con Pakistán y República Dominicana. El año siguiente, se suscriben tratados por parte de Francia, Suiza, Holanda, Italia y otros países europeos, especialmente, con países africanos. Solo dos fueron suscritos con países Latinoamericanos. Esto último se explica, para dicha organización, por la vigencia en la época, de la llamada Doctrina Calvo.

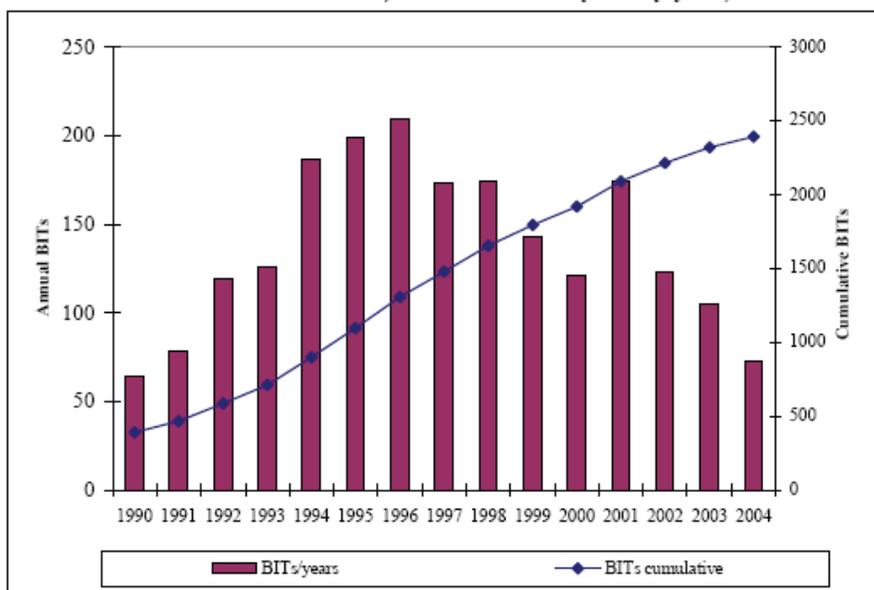
Para la UNCTAD, típicamente estos tratados incluían provisiones como las consideradas en los FCNs, aunque si excluían otras materias diversas a la protección de la inversión. Fue en ese momento cuando se dieron los primeros pasos en el desarrollo de normas sustanciales de protección de la inversión extranjera.

Ya en 1967, la OCDE había preparado un borrador de la Convention on the Protection of Foreign Property, el cual, si bien no fue nunca formalizado con tratado internacional, dio base para que fuera considerado como punto de partida en las negociaciones bilaterales.

A partir de la década de los años noventa y hasta el final del año 2004, se ha logrado monitorear un continuo ascenso en la cantidad de BITs negociados a nivel mundial, tal y como se detalla en el gráfico extraído de dicho estudio.

Se ha llegado a estimar (UNCTAD, 2005) que al final del año 2004 se habían formalizado un total de dos mil trescientos noventa y dos tratados de inversión, lo cual refleja el sostenido ritmo de negociación de estos instrumentos.

**Figure 1. Number of BITs concluded, cumulative and year by year, 1990-2004**



Source: UNCTAD ([www.unctad.org/ia](http://www.unctad.org/ia)).

UNCTAD, 2005, p.2

Como puede entonces observarse, el instituto de los BITs se encuentra actualmente masivamente difundido, al grado que representa un consolidado instrumento de atracción de inversión extranjera.

### **b.- Caracterización de los BITs**

Quizá una de las más importantes innovaciones que estos convenios, consiste en lo que Herz (2003) caracteriza como el fenómeno del abandono del “...esquema del Derecho Internacional Público Clásico, con su sistema de solución de controversias a través de la Protección Diplomática” (p. 3), en tanto se admite el

*ius standi* a los inversores de forma directa, lo cual, en última instancia, representa la superación de la doctrina Calvo y la liberación al justiciable, de la exigencia del agotamiento de los recursos internos para acudir al arbitraje internacional.

Típicamente, los BITs podrían esquematizarse así:

<b>TEMAS TÍPICOS BITs</b>
General Standard of Treatment <ul style="list-style-type: none"> <li>• Standards absolutos</li> <li>• Standards relativos</li> </ul>
Expropiación <ul style="list-style-type: none"> <li>• Expropiación/nacionalización</li> <li>• Expropiación indirecta</li> <li>• Reglas para indemnización</li> </ul>
Guerra y disturbios civiles
Remesas al exterior
Otras cláusulas específicas
Transparencia
Excepciones generales de trato
Preservation of rights
Resolución de disputas

Fuente: UNCTAD (1998) y el autor.

En efecto, como lo explica Herz (2003), estos tratados se estructuran en cinco partes: definición de inversión e inversor, así como del ámbito de aplicación; derechos reconocidos al inversionista; sistema de solución Estado-Estado; sistema de solución Estado receptor e inversionista y, finalmente, disposiciones generales.

La simetría de estos tratados, señala la autora, ha ocasionado que a nivel doctrinal se aluda a los mismos, como “tratados de adhesión” o bien, a una cierta “modelización convencional”.

### **c.- El Sistema de Solución de Controversias Estado-Inversionista típicamente regulado en los BITs**

Una especial particularidad de los BITs se refiere al hecho de que si bien son suscritos entre Estados, al fin y al cabo lo acordado por éstos genera derechos o garantías para aquellos sujetos particulares que califiquen en la definición de inversionista prevista por el Tratado (Herz, 2003).

De este modo, en su contenido material, los BITs terminan reconociendo derechos a los inversionistas oponibles a la acción del Estado receptor, que los anuncia así, como señal de certeza jurídica y con un claro ánimo de fomento de esta actividad.

Pues bien, dentro de esos derechos o garantías jurídicas que se reconocen a los inversionistas, se encuentra el *ius standi*.

Esta especial característica, sobre la cual centrará el estudio la atención, ha llevado a la doctrina (Vives Chillida, 1998) a caracterizar el sistema así diseñado, como un “...régimen autónomo de responsabilidad de los Estados en materia de inversiones extranjeras al excluir la aplicación de las normas del Derecho internacional general –agotamiento de los recursos internos y protección diplomática- y sustituirlas por un arbitraje, al que tienen acceso las personas físicas y jurídicas, que es autónomo en cuanto al derecho aplicable, al control de la validez del laudo y a su reconocimiento y ejecución” (p.XXX).

Se ha señalado con razón por parte de la más autorizada doctrina en la materia (Reuter, citado en Fernández Masiá, 2004), que este paso representa una revolución en relación con las estructuras tradicionales del Derecho internacional.

El sistema se asienta entonces, sobre la base de la superación de los examinados modos de solución clásicos del Derecho Internacional Público a los conflictos referidos a la inversión extranjera.

Tal circunstancia queda en clara evidencia, al disponerse típicamente en estos instrumentos, ya sea la técnica de “bifurcación de caminos”, o bien la alternativa en que la opción del arbitraje internacional entre inversionista y Estado, queda sujeta al agotamiento de los remedios domésticos en el Estado donde se ha realizado la inversión.

Conforme a la primera opción, que es la más seguida (Herz, 2003), el Estado receptor de la inversión procede a formular una renuncia anticipada a su inmunidad de jurisdicción, que deja abierta la opción al justiciable para que opte por los remedios domésticos o bien por el arbitraje internacional, sin que para esto último requiera del auxilio diplomático de su país de origen.

En estos casos, en el propio texto del tratado el Estado receptor deja constancia de su voluntad de someterse al arbitraje de modo genérico, para el caso eventual de que surjan disputas relacionadas con cualquier inversión cubierta por el tratado (Vives Chillida, 1998).

De este modo, bastaría tan sólo que el inversor beneficiado por el Tratado, una vez sobreviniera una de las disputas de carácter arbitrable según las reglas del instrumento internacional, manifieste por escrito su voluntad de someter un determinado diferendo al arbitraje, para que el compromiso arbitral se perfeccione.

Esta última consideración deja en evidencia que el arbitraje es una alternativa, no una obligación para el inversionista, que será quien en definitiva elegirá la vía a la cual acudirá con el objeto de resolver la disputa, ya sea alguna de las vías tradicionales de solución de conflictos, sea en el ámbito doméstico o internacional, o bien, el arbitraje previsto por el tratado que lo ampare.

Es importante señalar, sin embargo, que en algunas ocasiones los BITs disponen que de elegirse una opción distinta al arbitraje internacional, tal decisión sería

definitiva, de modo que se cerraría el acceso al arbitraje internacional a partir de ese momento, bajo la inteligencia de que el inversor ha renunciado a dicho beneficio del Tratado.

Interesa destacar que, típicamente, lo que cabe pretender en estos arbitrajes internacionales, según lo ha entendido la propia jurisprudencia, se reduce al eventual reconocimiento de una indemnización a favor del inversionista que ha visto lesionada su inversión. Es decir, no son de recibo en estas instancias, pretensiones de anulación de actos administrativos o disposiciones normativas, sino tan sólo puramente indemnizatorias.

Lo arbitrable, entonces, normalmente se delimita desde dos perspectivas: sólo lo serán arbitrables los conflictos referidos al incumplimiento de parte del Estado receptor, de las obligaciones que asumió en el respectivo instrumento de Derecho internacional de base (BIT o tratado de libre comercio) o bien, a las contenidas en un determinado acuerdo de inversión.

Por otra parte, el objeto del respectivo arbitraje, se reduce a una pretensión indemnizatoria, no así, anulatoria de la decisión administrativa que lesiona al inversionista.

Por último, interesa señalar que las cláusulas usualmente previstas en estos instrumentos, suelen ser de carácter **múltiple** (Vives Chillida, 1998), en el sentido de que queda abierta la posibilidad de que se acuda a un arbitraje internacional de carácter institucional (usualmente, ante el CIADI) o bien, uno de carácter ad hoc, gobernado por las reglas de la ley tipo de la UNCITRAL.

Esta circunstancia, así como las regulaciones referidas a la materia arbitral, entre otras, ha generado como resultado, al decir de Vives Chillida (1998), “...un marco jurídico complejo y variable de solución de controversias mixtas”.\* \*

Una vez evaluado el marco teórico de partida de la investigación, es preciso entrar a formular algunas conclusiones preliminares:

Es manifiesta la incursión del arbitraje y demás mecanismos no judiciales de solución de conflictos, en el ámbito del Derecho administrativo, muy a pesar de la supuesta incompatibilidad de estos instrumentos y el interés público.

En lo fundamental, es posible identificar tres distintas razones que explican, de forma complementaria y concurrente, el por qué de ese fenómeno:

- El primero de refiere a la crónica insuficiencia material del aparato judicial para atender la demanda de justicia administrativa (crisis de la Justicia administrativa). Indistintamente de la especialidad de la jurisdicción contencioso administrativa, *urbis et orbe*, existen claras evidencias de lo escaso que es ese recurso de solución de conflictos con las administraciones públicas.
- Se ha avanzado en una concepción integrada del Estado y la sociedad en la cual se acuerda, pacta o contrata el ejercicio mismo del poder, lo cual facilita el uso de modos consensuales de solución de conflictos. En suma, se empieza a abandonar el ejercicio de las potestades administrativas en "*clave autoritaria*".
- Por exigencias propias del proceso de internacionalización de las economías, se ha diseñado una estrategia de atracción de inversión extranjera que incluye el arbitraje como modo típico de solución de controversias mixtas (entre el inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión).

## CAPITULO II

### ARBITRAJE Y DERECHO DE LA CONSTITUCIÓN

*« Article 5.- Le droit des citoyens de terminer définitivement leurs contestations par la voie de l'arbitrage, ne peut recevoir aucune atteinte par les actes du pouvoir législatif »*

Constitution Française du 3 septembre de 1791,  
Titre III.- Les Pouvoirs Publics, Chapitre V.- Du  
Pouvoir Judiciaire

Una vez evaluados los conceptos básicos que serán considerados en esta investigación, es preciso ocuparse, por exigencias propias del principio de supremacía constitucional, al tratamiento dado al instituto del arbitraje desde la Norma de Normas.

Para ello será preciso evaluar la larga y muy reveladora evolución histórica que acusa el arbitraje en el Derecho constitucional costarricense (I).

Sobre la base de los hallazgos generados en esta primera fase del estudio, será preciso evaluar el derecho fundamental al arbitraje como un todo, es decir, considerando la diversidad de posiciones iusfundamentales que se estima derivan de esta garantía (II).

Finalmente, interesará examinar los límites y exigencias constitucionales a que está sujeto este derecho fundamental (III).

## **SECCIÓN I.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ARTÍCULO 43 CONSTITUCIONAL**

Como se podrá apreciar, es claro que no cabe hablar de los antecedentes históricos de la garantía fundamental al arbitraje en el Derecho costarricense, sin antes evaluar la historia constitucional europea, de notoria influencia en el Derecho costarricense (I).

El examen del comportamiento histórico del arbitraje como instituto jurídico con relevancia constitucional en Costa Rica, según se detallará, generó importantes hallazgos. En efecto, se logró identificar un proceso evolutivo compuesto de dos distintas fases: una primera en que privó la concepción jurisdiccionalista del arbitraje, y la segunda en donde se consolida su autonomía y carácter de derecho fundamental de libertad (II).

### **I.- LA HERENCIA REVOLUCIONARIA EUROPEA**

Al inicio de la era revolucionaria del finales del Siglo XVIII, el arbitraje tuvo su “...*heure de gloire*” (Clay, 2001, p. 8).

En efecto, existen concluyentes evidencias que muestran el marcado interés de los revolucionarios franceses de caracterizar el derecho al arbitraje, como un derecho fundamental de libertad, esfuerzo que se hizo al compás del impulso y desarrollo de toda una organización judicial encargada de la tarea de impartir justicia.

Es decir, al propio momento en que se daban los primeros pasos para consolidar la justicia estatal, se consolidaba también el arbitraje como derecho fundamental de libertad.

La Revolución Francesa, a partir de su concepción liberal, aportó un argumento esencial para la defensa del arbitraje: la libertad.

Se entendió, al decir de Barona Vilar (2004) que “*Desde ella era posible optar, elegir, asumir el medio oportuno para resolver aquellos litigios que versaren sobre lo que era disponible para el ciudadano*” (p. 48).

El primer paso dado en ese sentido, se presentó en la ya aludida Ley de 16-24 de agosto de 1790, en la cual, además de la definición de una organización judicial, se dispuso en el artículo 1 del Título I, lo siguiente:

«L'arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens, les législateurs ne pourront faire aucunes dispositions qui tendraient à diminuer soit la faveur, soit l'efficacité du compromis [Siendo el arbitraje el modo de solución de conflictos entre los ciudadanos más razonable, los legisladores no podrán adoptar disposiciones que disminuyan sus beneficios, ni la eficacia del compromiso] »

Poco tiempo después, es decir, del 3 al 14 de setiembre de 1791, se somete a votación la Constitución de 1791 por parte de la Asamblea Constituyente, con la cual se consolida la división de poderes en medio de una monarquía constitucional.

Precisamente, a propósito del Título III “*Des pouvoirs publics*”, se redactó el Capítulo V relativo al Poder Judicial.

En dicho articulado, al propio momento en que se consolida el monopolio del Poder Judicial de ejercicio de la jurisdicción, al disponerse en el artículo 1 que «*Le pouvoir judiciaire ne peut, en aucun cas, être exercé par le corps législatif ni par le roi* », declara y reconoce, en el artículo 5, el derecho fundamental de «...*terminer*

*définitivement leurs contestations par la voie de l'arbitrage »* el cual, se dice, « *ne peut recevoir aucune atteinte par les actes du pouvoir législatif* ».

Para Oppetit (1998), esta fórmula normativa permitió la introducción de la justicia arbitral en la estatal, sin romper por ello el nexo entre las nociones de Justicia y Soberanía, todo lo cual dejó además en evidencia, desde muy temprano, la profunda unidad existente entre las dos modalidades de justicia.

En efecto, al igual que en los antecedentes más remotos del instituto arbitral antes aludidos, en esta época de oro, el arbitraje se consideró, con razón, como una alternativa de solución de conflictos compatible con la jurisdiccional.

El tratamiento dado por la Constitución girondina al arbitraje, fue posteriormente acogido por la Constitución gaditana de 1812, en la cual, no sólo se señaló el monopolio judicial de la jurisdicción (Montero Aroca, 2004), sino que además se acuñó el arbitraje “...*con el carácter de derecho fundamental (...) frente a la inoperancia y arbitrariedad de la justicia del ancienne regime [sic] ...*” (Lorca Navarrete, 1997, p.109).

En cuanto a esto último, según reseña Sáenz Carbonell (1985),

La administración de justicia en el Antiguo Régimen español presentaba un panorama verdaderamente caótico. Las funciones judiciales estaban atribuidas a una pluralidad de órganos que a la vez cumplían labores de naturaleza administrativa, como ocurría con las Reales Audiencias y con los consejos tales como el de Castilla y el de Indias. La probidad de muchos tribunales era dudosa y frecuentemente se irrespetaban las leyes que debía regir su actividad; los litigios eran por regla general extremadamente largos, contribuyendo a ello los frecuentes roces entre la justicia ordinaria y las llamadas jurisdicciones especiales (eclesiástica, militar, mercantil, señorial, etc.), que continuaban existiendo pese al esfuerzo centralizador del absolutismo borbónico (p.96).

Esto explica que, si bien el texto constitucional de 1812 no contuvo una declaración de derechos del hombre, al estilo de las declaraciones de la Francia revolucionaria, a lo largo del texto si “...se consignaron diversas disposiciones que contenían los derechos y libertades individuales considerados de mayor relevancia...” (Sáenz Carbonell, 1985, p.88), dentro de los cuales destaca, para interés del estudio, el derecho al arbitraje.

En efecto, para el Constiuyente, según se puede extraer de la Exposición de Motivos de la Constitución de Cádiz:

...el derecho que tiene todo individuo de una sociedad de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros está fundado en el incontrastable principio de libertad natural. Nuestra antigua Constitución y nuestras leyes le han reconocido y conservado en medio de las vicisitudes que han padecido desde la Monarquía goda.

Esta consideración explica que los artículos 280 y 281 de esa Carta Política, dispongan en síntesis, que “...no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes”.

Para Merino Merchán (1992), con respecto al arbitraje español -y se agrega, con respecto al Latinoamericano también-, la Constitución de Cádiz marcó “...un hito en su evolución” (p.1072).

Como apunta con razón el autor, tales disposiciones lograron darle “...un sentido técnicamente irreprochable a la institución arbitral como juicio privado verdaderamente sustitutorio del proceso estatal” (Merino Merchan, 1992, p.1072).

Dado que servirá como dato en la apreciación de la naturaleza de la garantía en estudio, es importante subrayar la alusión de Merino Merchán al individualismo

que inspiró, en general, las declaraciones de derechos de finales del Siglo XVIII y principios del XIX.

Como explica la doctrina que se ha ocupado del tema, el derecho reconocido en estas declaraciones implicó el reconocimiento, para el ciudadano, de una facultad de hacer y una obligación del Estado de abstenerse de cualquier conducta que restringiera tal facultad (Robert, 1996).

La explicación de esta circunstancia la encuentra el Prof. Robert, en dos razones, la primera, la base doctrinal de las declaraciones, la cual resume con la expresión *“L’homme est né libre; l’Etat n’a pas à le libérer”*.

La segunda radica, para el autor, en consideraciones históricas. Estas primeras declaraciones aparecieron como reacción a regímenes autoritarios en los cuales, precisamente, la amenaza a las libertades provenía de la acción del Estado.

Así pues, cabe estimar, sin duda, en consideración de lo señalado, que el derecho fundamental al arbitraje declarado por el artículo 43 de la CP, tiene como antecedentes mediatos y de naturaleza exógena, las Constituciones francesa de 1791 -art.5- y la española de 1812, arts. 280 y 281-.

A su vez, tales disposiciones son producto de la necesidad de garantizarle al ciudadano acceso a una justicia distinta a la estatal, en vista de la desconfianza que se le guardaba por las razones aludidas.

## **II.- DEL JURISDICCIONALISMO AL ARBITRAJE COMO GARANTÍA FUNDAMENTAL**

Si bien es cierto para Merino Merchán (2002), la inclusión del arbitraje como derecho fundamental en la Constitución de Cádiz, fue un hecho “insólito” en el Derecho constitucional comparado histórico y contemporáneo, no puede decirse lo mismo en el caso del Derecho constitucional costarricense.

Como se verá, la historia demuestra que más que una práctica extraña o desacostumbrada, la relevancia constitucional del arbitraje en las constituciones republicanas costarricenses, ha sido una constante.

Más aún, puede afirmarse que en la historia constitucional costarricense, salvo en dos aislados casos, el arbitraje siempre ha estado presente en los textos constitucionales.

En efecto, solo en dos textos constitucionales no se trata el tema. Se trata de la Ley de Bases y Garantías de 1841, circunstancia que cabe relacionar con el muy limitado desarrollo de los derechos y garantías fundamentales que presentó en general, dado su carácter meramente semántico (Sáenz Carbonell, 1985), y el texto de 1848, texto que corresponde a la fase de formación del Estado Nacional (Araya Pochet, 2005).

En todos los demás casos, incluyendo la Constitución Federal de la República Centro Americana de 1835, desde una u otra perspectiva, se ha regulado la figura que interesa a la investigación.

De esta forma, el estudio realizado en el tema permitió identificar dos distintas etapas en la historia constitucional: en una primera fase, se reguló el arbitraje a partir de una concepción jurisdiccional del instituto (1), mientras que en una

segunda fase, superada dicha concepción, se consolida la autonomía del arbitraje y su carácter de garantía fundamental de libertad (2).

## **1.- EL LEGADO DE LA TRADICIÓN PROCESALISTA EUROPEA**

Durante la primera etapa de la historia constitucional del arbitraje en Costa Rica, la característica coincidente de las regulaciones constitucionales estriba en que la relevancia constitucional del instituto bajo estudio, se ubica a propósito de las funciones de administración de justicia estatales.

Esta circunstancia que quizá podría pasar desapercibida, responde a mi juicio a lo que Chillón Medina y Merino Merchán (1991) identifican como la *“tradición procesalista española de la institución”* (p.50), que más tarde cedería ante la creciente acogida de la tesis contractualista del instituto.

Cabe destacar que dicha tradición estuvo antecedida por la Constitución francesa de 1791, que como se vio, incluyó la garantía del arbitraje a propósito de las normas referidas al Poder Judicial.

En lo que a la Constitución de Cádiz se refiere, es preciso señalar que en efecto, las apuntadas disposiciones referidas al arbitraje, se ubican en el Título V denominado *“De los Tribunales y de la Administración de Justicia en lo Civil y Criminal”*, Capítulo II, *“De la administración de justicia en lo civil”*.

Conforme a la larga tradición española en el tema arbitral, el arbitraje era una justicia por delegación (de la justicia estatal), de modo que el árbitro no era más que un delegado del juez.

Esta idea, que aún se mantiene en algún sector de la doctrina, parte de la base según la cual, el poder de juzgar es una expresión de la autoridad estatal que dimana del monopolio del Estado en esa materia (Clay, 2001).

Esta concepción queda resumida con el dicho del Magistrado Baron van den Braunden de Reeth, para quien, según cita Clay (2001), en el arbitraje “...il y a un transfert à des juges privés de la compétence normalement reconnue a des juges publics de l’ordre judiciaire. Il y a donc là (...) une délégation de pouvoirs” (p.196).

Pues bien, esta tesis fue también acogida por la historia constitucional costarricense durante un lapso que va desde 1821 hasta 1847.

Como es sabido, en 1821 se aprueba el Pacto de Concordia, cuya lectura y contenido no termina con la literalidad de sus siete capítulos o cincuenta y ocho artículos.

Como señala Sáenz Carbonell (1985), cabe acreditar a la Constitución de Cádiz, un carácter complementario con el Pacto de Concordia, al grado que aparece citado en los artículos 6, 13, 24, 41 y 58.

Incorporadas así las disposiciones de la Carta gaditana en el primer texto constitucional costarricense, es entonces posible afirmar que en éste se regula el instituto del arbitraje siguiendo al pie de la letra la tradición procesalista española en el tema.

A partir del 21 de enero de 1825, entra en vigor la Ley Fundamental del Estado de Costa Rica, la cual, a diferencia de la Constitución de 1824, como se comentará en el siguiente apartado, acude al criterio jurisdiccionalista al momento de regular el instituto arbitral.

En efecto, los constituyentes optaron por mantener la relevancia constitucional del arbitraje, si bien a diferencia del criterio de los constituyentes de 1824, retornaron al criterio gaditano, de modo que su regulación se dio en el Capítulo 11

denominado “*De la administración de justicia en lo Civil y Criminal*”, mediante el artículo 98 que dispuso, a la letra, lo siguiente:

#### Capítulo 11

##### De la administración de justicia en lo Civil y Criminal

Art.98.- A ninguno podrá privarse de terminar sus diferencias por medio de árbitros: y la sentencia que estos dieren, será ejecutada, si las partes no se hubieren reservado el derecho de apelar.

Evolutivamente, esta norma representa una síntesis de los artículos 280 y 281 de la Constitución gaditana.

En efecto, la primera regla que contiene la norma, se toma del artículo 280 de la Constitución de Cádiz, que disponía textualmente, lo siguiente: “Artículo 280.- *No se podrá privar á ningun español del derecho de terminar sus diferencias por medio de árbitros, elegidos por ambas partes.*”

Por su parte, la segunda regla, se refiere a la contenida en el Artículo 281, según el cual, “*La sentencia que dieren los árbitros, se ejecutará, si las partes al hacer el compromiso no se hubieren reservado el derecho de apelar*”.

Esta última disposición ha sido evaluada por Chillón Medina & Merino Merchán (1991), para quienes es muestra de que el afán del Constituyente de 1812 no fue tan sólo “... *reproducir disposiciones anteriores sobre la materia...*”, sino además, modificar “... *puntos neurálgicos de la institución, como son el valor y apelación de las sentencias arbitrales, dando un sentido técnicamente irreprochable a la institución arbitral como juicio privado verdaderamente sustitutorio del proceso estatal*” (p.50).

Así, conforme a la filosofía de la época, era al ciudadano a quien soberanamente le correspondía la disposición de su facultad de ver resueltos sus conflictos

mediante la “sentencia” de un árbitro, lo cual permite comprender que sea aquél a quien le corresponda decidir si la sentencia arbitral puede o no ser recurrida.

Es decir, la norma se ocupó, inclusive, de no dejar ese aspecto sujeto a la discrecionalidad del Estado, sino a la discrecionalidad y autonomía de los beneficiarios de sus efectos.

De este modo, se buscó borrar toda estela de duda en torno a la autonomía del sistema de solución arbitral de las disputas, de modo que sólo si así lo admite la voluntad de las partes, podría el Estado venir a revisar lo resuelto. Se coronó así, sin duda, la plena autonomía del modelo y la libertad jurídica del justiciable de admitir o no la intervención del Estado en la revisión del fallo dictado.

Como se verá, el texto se mantendrá tanto en la Carta Política de 1844, como en la de 1847, que son a su vez, la tercera y cuarta manifestación de la tradición jurisdiccionalista del arbitraje.

En efecto, la Constitución Política del Estado de Costa Rica de 1844, no solo mantiene el tratamiento de corte judicialista del instituto arbitral, sino además el afán reglamentista que acusa la norma recién comentada de la Constitución de 1825.

A esto hay que agregar, la mención expresa de la conciliación en el texto constitucional, lo cual obedece también, a la herencia franco-española antes mencionada.

Se trata de lo dispuesto en el artículo 157 y 159 de la citada Constitución, mediante los cuales se incluyen regulaciones referidas a la conciliación, siguiendo el derrotero de la Constitución política de la Monarquía Española, cuyo artículo 282 también regulaba ese instituto, al disponer que *“El alcalde de cada pueblo*

*ejercerá en él el oficio de conciliador; y el que tenga que demandar por negocios civiles o por injurias, deberá presentarse a él con este objeto.”*

La inclusión de ese deber de conciliación previo a cualquier litigio, definitivamente tiene como fuente de inspiración el pensamiento revolucionario francés.

En efecto, para los revolucionarios franceses, como resulta del dicho de Prugnon y que consta en el Archivos Parlamentarios,

Rendre la justice n'est que la seconde dette de la société. Empêcher les procès c'est la première. Il faut que la société dise aux parties: pour arriver au temple de la justice passez par celui de la concorde. J'espère qu'en passant vous transigerez.

Ahora bien, en lo que al arbitraje se refiere, es preciso retomar la letra del art. 158 de la citada Carta Política que dispone:

La **facultad** de nombrar árbitros en las acciones civiles y en cualquier estado del pleito, **es inherente á toda persona**: la sentencia que los árbitros dieren es inapelable si las partes comprometidas no se reservasen este derecho. La misma facultad es extensiva á las testamentarias del modo que establezca la ley.

Son múltiples los comentarios que interesa realizar en torno a la redacción de esta norma.

El primero deriva de la semántica usada por el Constituyente, la cual delata la acogida de una concepción típica del iusnaturalismo de la época revolucionaria, visto su sentido declarativo (Pérez Luño, 1995).

Al estimarse que “*la facultad de nombrar árbitros*” es “***inherente á toda persona***”, se deja entrever que su positivización no es más que la consagración de una facultad que ostenta el Hombre por su propia condición de tal.

Es decir, en el fondo, como explicara García de Enterría (1998), de esa forma se acogen las tesis de los “*magni hispani a que constantemente se refiere Grocio*”, es decir, los teólogos-juristas españoles de la primera mitad del Siglo XIV, entre ellos Suárez y De las Casas, “...*iniciadores de una corriente fundamental, llamada a un importante futuro, la que tipifica los iura innata a todo hombre por el hecho de serlo y que las potestades civiles y eclesiásticas deben respetar y servir, derechos pues inviolables y superiores a toda norma positiva...*” (p.52).

En otro orden de cosas, interesa destacar del texto bajo examen, la utilización del término “*facultad*” más que del término “*derecho*”, lo cual nos permite recordar que en la época, la pretensión declarativa de las garantías fundamentales fue, no tanto imponer un deber jurídico al Estado, sino declarar una facultad de hacer del ciudadano.

Al decir de Jellinek, se buscaba de esa forma, declarar “*zonas de libertad*” o “*status negativos*”, más que generar “*status positivos o activos*”, sin parar mientes en los deberes del Estado de velar por la eficacia de estas garantías (Robert, 1996).

Otro de los comentarios obligados, se refiere a la delimitación que formula la norma de lo que hoy día se conoce como la materia arbitrable u objeto del arbitraje.

En ese sentido, interesa llamar la atención de que la “*facultad*” declarada por la norma, se vio limitada a las acciones **civiles**. Es decir, quedaron definidas, implícitamente, materias no arbitrables, por estar más allá del *ivs dispositivum*.

Este tratamiento, valga decirlo, se mantuvo posteriormente en la historia constitucional costarricense, si bien con ajustes menores de redacción.

Como lo señalara Merino Merchán (1992), con esta decisión se sigue, sin duda, el camino andado por las Cortes gaditanas, “...estableciéndose [en la facultad de someter las disputas al arbitraje] *una unidad en su fundamento, el ius dispositivum, aunque con una cierta disparidad en sus límites, pero admitiéndose una frontera común, la que representan las normas de orden público...*” (p.1073).

La última expresión de la tesis jurisdiccionalista, se encuentra en la Constitución de 1847, cuya norma dedicada al tema bajo estudio, es decir, el artículo 142, se ubicó dentro de la Sección III del Título IV del Poder Judicial, no así dentro del Título I, denominado “*De los derechos naturales y civiles de los costaricenses*”.

Ahora bien, antes de demostrar esta última consideración, interesa señalar que, visto su contenido, el artículo 142 citado de la Constitución de 1847, salvo por un ajuste en el orden expositivo, básicamente mantuvo el del artículo 158 de la Constitución de 1844.

La norma dispuso, textualmente, lo siguiente:

Es **inherente** á toda persona el **derecho** de nombrar árbitros en las acciones civiles, en cualquiera estado del pleito; y las sentencias que estos pronunciaren, no pueden ser apelables, sinó cuando las partes se han reservado esta prerrogativa. Tambien pueden ser evacuadas por jueces árbitros las causas mortales de aquellos testadores que hayan querido usar de este derecho.

La norma mantiene, así, en líneas generales, una manifiesta inspiración iusnaturalista e individualista, como resulta posible comprobar con su simple lectura, presentando como innovación, el tratamiento del arbitraje testamentario, con lo cual se hizo valer el individualismo decimonónico y la autonomía de la voluntad, inclusive *post mortem*.

Nótese, como confirmación de la visión procesalista del instituto que imperó en esta fase, la expresión “jueces árbitros” que se utilizó al regular el arbitraje testamentario.

Se da término de esa forma, a la fase jurisdiccionalista de la regulación del arbitraje a nivel constitucional, para dar paso a la concepción privatista del arbitraje, más bien fundada en una perspectiva liberal del instituto, sin asocio a la potestad jurisdiccional del Estado.

## **2.- LA CONSOLIDACIÓN DEL ARBITRAJE COMO DERECHO O GARANTÍA FUNDAMENTAL DE LIBERTAD**

Si bien es cierto tanto en la Constitución de 1824 (Art.172), como en la de 1835 (Art.178), se trató el arbitraje en el marco de las normas dirigidas a regular los derechos fundamentales y no las referidas a la administración de justicia, lo cierto es que se trató de regulaciones que, como viene de verse, no perduraron en la historia constitucional costarricense.

De este modo, para esta investigación, en realidad, es a partir de la Constitución de 1859, mediante el artículo 44, que el derecho a acudir al arbitraje para resolver disputas, empieza a adquirir su identidad de garantía fundamental.

En efecto, la norma presenta no sólo una redacción diversa a la de las estudiadas, sino que además otorga al arbitraje, carácter de **derecho** público subjetivo. De hecho, en el Título Cuarto, Sección 2ª, “*De las garantías individuales*”, se entra a regular la garantía fundamental ciudadana de ver resueltas las disputas mediante el arbitraje.

Dispone esta norma, a la letra, lo siguiente:

Art. 44.- Todos los Costaricenses ó extranjeros, residentes en la República, tienen el derecho de terminar sus diferencias en materia civil por medio de árbitros, ya sea ántes ó ya despues de iniciado el pleito.

Cabe formular dos comentarios referidos ahora al contenido de la norma. El primero se refiere a la definición de la materia arbitrable dispuesta en esta norma: se insiste en calificar la diferencia arbitrable, como una referida a la “*materia civil*”, excluyéndose la materia criminal.

El segundo comentario se refiere a la regulación que se hace en la norma de la oportunidad procesal para someter la disputa al arbitraje. Así, según la disposición en comentario, es posible acudir al arbitraje “...*ya sea ántes ó ya despues de iniciado el pleito*”, expresión que perdurará con algunos ajustes menores hasta la fecha.

Esta misma norma es luego reiterada, con idéntico contenido, en la Constitución de 1869, mediante el artículo 42; en la Constitución de 1871, mediante el artículo 48 y la Constitución de 1917, por medio del artículo 22, en todos los casos, en el respectivo apartado de las garantías fundamentales.

Se produce así, en el marco de la historia constitucional, una clara consolidación del derecho fundamental de ver resueltas las disputas mediante el arbitraje, circunstancia que se mantuvo en la Constitución de 1949.

Interesa, por razones obvias, detenerse por un momento en los antecedentes del actual artículo 43 constitucional, para lo que es preciso examinar las Actas de la Constituyente, así como el proyecto de Constitución presentado por la Junta Fundadora de la Segunda República a la Asamblea Constituyente.

Cumplida tal tarea, fue posible determinar que el texto definitivo del art. 43 de la Constitución vigente, tuvo muy pocas variantes respecto del propuesto por la mencionada Comisión.

De hecho, la norma no sufrió grandes modificaciones en el curso de su discusión en el seno de la Asamblea Constituyente. No se trató, con todo, de una disposición que ocasionara polémica ni discusión entre los Constituyentes, quizá en el tanto el instituto estaba previsto tanto en el proyecto de la Comisión, como en el texto de la Constitución de 1871.

Basta, en ese sentido, examinar el artículo 50 del citado proyecto que se incluyó dentro del Título IV, relativo a Derechos y Deberes Individuales, Capítulo III, La Seguridad Jurídica. La norma propuesta disponía:

Toda persona tiene derecho de terminar sus diferencias patrimoniales recurriendo al juicio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente.

Una vez sometido a discusión el texto del artículo 43 vigente, la única referencia localizada en las Actas de la Asamblea Constituyente, se encontró en la No. 111, a propósito de la moción presentada por el Diputado Chacón. Se dijo ahí lo siguiente:

En relación con el artículo 48 el Representante Chacón presentó moción para que se lea así: "Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente" Sometida a votación fue aprobada. En consecuencia, el artículo 48 se leerá en la forma indicada anteriormente.

Como se logra observar, en realidad el ajuste propuesto y aprobado por la Asamblea en pleno, fue más bien de forma. Consistió, tan solo, en la sustitución de la expresión "...recurriendo al juicio de árbitros" por la expresión "*por medio de árbitros*".

Resultó indiscutible, entonces, el interés de mantener dentro del haz de garantías fundamentales, como sucedió en la historia constitucional costarricense a partir de 1859, el derecho al arbitraje, entendido como una manifestación más de la libertad jurídica ciudadana.

## **SECCIÓN II.- EL DERECHO FUNDAMENTAL AL ARBITRAJE COMO UN TODO**

Una vez demostrada la consolidación, en el curso de la historia constitucional costarricense, del derecho al arbitraje como garantía fundamental, interesa introducirse en sus características, considerando lo dispuesto por el vigente artículo 43 constitucional.

La concepción del derecho fundamental como un todo, deviene de Alexy (1993), para quien un derecho fundamental, como un todo, es “...*un haz de posiciones iusfundamentales...*” Con esto quiere decir el autor, que de un derecho fundamental, según sea su contenido, pueden dimanar una serie de posiciones jurídicas que pueden consistir, como se explicará, en un derecho a acciones positivas o negativas al par de una libertad jurídica, una determinada competencia, etc.

Antes bien, de previo a caracterizar el haz de garantías que dimanan del artículo 43 constitucional, en un primer momento, se confrontará el derecho fundamental en estudio, con las distintas concepciones y criterios de clasificación de los derechos fundamentales previstos a nivel doctrinal. Además, interesa evaluar la función que cabe atribuirle a esta garantía fundamental, así como la estructura de la norma que lo reconoce (I).

Una vez caracterizada la garantía mediante tales criterios, se procederá a evaluar las dos dimensiones en que se desenvuelve, es decir, la meramente subjetiva y la objetiva (II).

## **I.- EL DERECHO FUNDAMENTAL AL ARBITRAJE EN EL MARCO DEL DERECHO DE LA CONSTITUCIÓN COSTARRICENSE**

En este primer acercamiento a la garantía fundamental de acudir/no acudir al arbitraje para resolver disputas de carácter patrimonial, aún estando pendiente un litigio, luce de marcado interés evaluar la naturaleza misma de la garantía, es decir, cuál es su caracterización en el marco del sistema de derechos fundamentales que incorpora la Constitución (1).

De seguido, corresponde examinar lo que se estima podría ser, al menos por ahora, el contenido esencial de esta garantía (2).

### **1.- CARACTERIZACIÓN DEL DERECHO**

Como producto del estudio de la garantía dispuesta por el artículo 43 constitucional, ha sido posible caracterizarla desde distintos ángulos, es decir, se trata por un lado, de un derecho fundamental nominado (A) y por otro, un derecho de carácter civil (B), para finalmente examinar la estructura principal de la norma bajo examen (C).

#### **A.- El derecho fundamental al arbitraje es un “derecho fundamental típico o nominado de carácter autónomo”**

El tratamiento del arbitraje desde la óptica constitucional, puede ser de dos tipos: tácito, como sucede en el Derecho europeo (a) o bien expreso, en algunos casos, atribuyéndole el carácter de derecho fundamental típico o nominado, como sucede en el caso costarricense (b).

### **a.- El tratamiento del tema en el Derecho constitucional comparado**

La nominalidad o tipicidad del derecho a acudir al arbitraje como garantía fundamental, no es una situación característica a nivel del Derecho constitucional comparado.

En efecto, en contraste con lo que sucede en el ordenamiento constitucional costarricense, en modelos como el español, el italiano y el alemán, el arbitraje carece de relevancia constitucional, ya sea a propósito del elenco de garantías constitucionales o como producto de disposiciones referidas a la administración de justicia.

Esta circunstancia ha hecho que en esos medios, se haya debido encontrar la legitimidad constitucional del arbitraje, en el principio de libertad jurídica y más concretamente, en el principio de autonomía de la voluntad.

En el medio español, Merino Merchán (2002) postula la tesis de que el arbitraje debe ser visto como una jurisdicción convencional o paccionada, basada en la autonomía de la voluntad, al grado que termina por entender que *“...la existencia del arbitraje es consustancial al ámbito de la libertad humana”* (p.20).

Para el Tribunal Constitucional español, en efecto, la legitimidad del arbitraje como instituto jurídico, dimana no tan sólo de la ley que lo regula y legitima, sino además, *“por obra del principio de autonomía de la voluntad de los particulares”* (STC 43/1988, entre otras).

En el medio italiano, según refiere Di Bartolomeo (1996), la temática afloró en el curso de la Asamblea Constituyente de 1946, al grado que se mocionó en algún momento para que se incluyera una norma constitucional con la siguiente redacción:

«É ammessa la giurisdizione arbitrale nei casi voluta dalle parti o disposti dalla legge. In quest'ultimo caso la scelta degli arbitri sarà sempre libera tra le parti»

La propuesta, sin embargo, según expone la autora, fue luego desechada al estimarse que el arbitraje “...doveva ritenersi implicitamente riconosciuto” (p.41).

De este modo, vista la ausencia de una norma que aludiera de forma expresa al instituto en estudio, la Corte constitucional italiana, al igual que el Tribunal Constitucional Español, ha inferido la legitimidad del arbitraje de la autonomía de la voluntad, al grado que estima inconstitucional el arbitraje obligatorio, como se comentará con mayor detalle adelante (Corte Costituzionale, No. 62/1968, entre otras).

Heyde (1996) y en general la doctrina alemana que cita, encuentra el sustento constitucional del arbitraje en “*la autonomía colectiva garantizada por el art. 2.1 GG, sin perjuicio del art. 92 GG-*”.

Para el autor,

La libertad de contratar que se sigue de la autonomía privada comprende la facultad de los interesados para, en el marco de la Constitución, establecer convenios para resolver procesalmente relaciones jurídicas y fijar condiciones de protección jurídica. En la medida en que particulares pueden autorregular relaciones jurídicas existentes entre ellos, debe resultarles posible reemplazar formas estatales de protección jurídica. Esto también tiene pleno sentido desde una perspectiva de política de Derecho. Los tribunales privados de arbitraje sirven a descargar los tribunales estatales. Además ofrecen una alta garantía de paz jurídica, pues son las partes interesadas quienes han buscado al juez de arbitraje. La jurisdicción privada de arbitraje no entra en colisión con el postulado del Estado de Derecho ni con el mandato del juez legal (p. 782).

En otros casos, se ha dado relevancia constitucional al arbitraje, si bien, no a propósito del haz de garantías fundamentales dispuestas por la Constitución.

Se trata, por ejemplo, del caso de la Constitución Política de Colombia, que desde una perspectiva procesalista del arbitraje, entra a regular el arbitraje en el Título 5 “De la organización del Estado”, Capítulo 1, “De la estructura del Estado”, artículo 116, norma que en lo que interesa, dispone:

(...) Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en Derecho o en Equidad, en los términos que determine la ley.

Otro enfoque en la materia, es el de la Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela, la cual, en el Capítulo III, “Del Poder Judicial y el Sistema de Justicia”, Sección Primera, “Disposiciones Generales”, incluye el artículo 258, que dispone, a la letra, lo siguiente:

La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley. La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos.

Como se ve, tanto en el caso colombiano, como en el venezolano, cabría entender que, si bien no se postula un derecho fundamental nominado, típico y de libertad, como en el caso hondureño y costarricense, al menos si se podría hacer derivar de las normas antes referidas, un derecho a una acción positiva del Estado, consistente en una acción normativa (Alexy, 1993), de modo que la inactividad material del legislador en esta materia, vulneraría la Constitución.

Esa ha sido, de hecho, la lectura doctrinal en uno y otro ámbito. En efecto, en el medio colombiano, según señala Correa (2002), cabe entender que la aludida

norma constitucional “...le encomienda al legislador la tarea de (...) darles [a los métodos alternos de resolución de conflictos] un contexto para que todos los que requieran emplear estas figuras tengan una seguridad jurídica de cómo, cuándo, ante quién y en qué oportunidad hacerlo” (p.44).

En el medio venezolano, por su parte, Mezgravis (2001) califica la promoción del arbitraje, como un deber constitucional reconocido.

Un enfoque distinto en el tratamiento del tema, es el que puede encontrarse en los textos constitucionales de Costa Rica y Honduras.

En efecto, en la Constitución de la República de Honduras, en el Título 3 “De las declaraciones, derechos y garantías”, Capítulo 2, “De los derechos individuales”, se incluye en el artículo 110, el siguiente derecho fundamental:

Ninguna persona natural que tenga la libre administración de sus bienes, puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles **por transacción o arbitramento.**

Desde mi perspectiva, sin duda existe un marcado interés por reconocer el derecho de resolver en la vía arbitral los conflictos, en el plexo de derechos fundamentales previstos en las constituciones rígidas.

Indistintamente de que la tutela judicial efectiva ha alcanzado una importancia mayúscula en el marco de un Estado de Derecho, se trata de una garantía cuya eficacia depende de recursos materiales de por sí finitos, al grado que se afirma con razón que se trata de un recurso naturalmente escaso.

Si tal escasez no resulta remediable, parece lógico introducir como garantía paralela a la tutela judicial efectiva, el derecho al arbitraje e inclusive, a los restantes modos de solución de los conflictos no judiciales.

Lejos de ver en esta circunstancia un retroceso en el marco garantista del constitucionalismo moderno, cabe ver en esta previsión constitucional, un instrumento que amplía las opciones para los justiciables, vistas las lamentables dilaciones que, *urbi et orbe*, se presentan en la solución de controversias por parte del Estado.

Enhorabuena, entonces, que el Constituyente costarricense ha mantenido, desde tiempos inmemoriales, una especial atención al arbitraje, al grado que hoy día persiste en el Derecho de la Constitución como derecho fundamental típico o nominado.

#### **b.- El abordaje del Derecho constitucional costarricense**

Antes de abordar la temática referida a la tipicidad de la garantía fundamental al arbitraje, conforme a las disposiciones del artículo 43 constitucional, interesa recordar con Díez-Picazo (2005), las dos distintas concepciones de los derechos fundamentales evaluadas doctrinalmente.

En efecto, se reconocen hoy día dos distintas concepciones de los derechos fundamentales. Se trata de la concepción material y la concepción formal.

Para la primera, refiere el autor, “...lo verdaderamente peculiar de los derechos es su contenido”, mientras que para la segunda, “...lo crucial no es el contenido, sino el rango de norma que los reconoce” (pp. 36-37).

Por comodidad expositiva, ya que el contenido material del derecho que se examina será objeto de una detallada evaluación, por ahora interesa evaluar la perspectiva formal del arbitraje como derecho fundamental.

Como se ha relatado en la sección anterior de este mismo capítulo, al menos a partir de la Constitución de 1859, el Constituyente costarricense no ha dejado margen para dudas a ese respecto.

Según se ha demostrado ya, a partir de esa Carta Política, de modo constante e inequívoco, la tradición constitucional costarricense ha sido referirse al arbitraje a propósito del decálogo de garantías fundamentales que, típicamente, se han enunciado en las Constituciones republicanas, al menos desde mediados del Siglo XIX.

De este modo, atendiendo a la concepción formal de los derechos fundamentales, es posible afirmar, sin asomo de duda, que en efecto el derecho de toda persona de resolver sus controversias patrimoniales mediante el arbitraje, aún existiendo litigio, tiene carácter de derecho fundamental.

Quizá atendiendo a este criterio, la Sala Constitucional en sentencia redactada por el Magistrado Jinesta Lobo (Res. No. 2999-2005), caracterizó este derecho en estos términos:

El numeral 43 de la Constitución Política que consagra el derecho de toda persona a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, se encuentra emplazado sistemáticamente bajo el Título IV de la Constitución Política, denominado “Derechos y Garantías individuales”, lo cual pone de manifiesto que se trata, en el diseño constitucional trazado por el constituyente originario de 1949, de un derecho fundamental típico o nominado de carácter autónomo.

En efecto, visto el tratamiento dado al arbitraje en la Constitución Política de 1949, se está frente a un derecho fundamental típico, en tanto está expresamente regulado por la Carta Política, según se ha visto y que posee carácter autónomo, al no derivarse implícitamente de otra garantía constitucional, ya sea vía pretoriana o doctrinal.

Se trata en todo caso, valga la insistencia, de un tratamiento con una larga tradición histórica en el constitucionalismo costarricense, hoy día confirmado por el Tribunal Constitucional, como se ha visto.

### **B.- El derecho fundamental al arbitraje es un derecho fundamental de carácter civil, de defensa**

La clasificación de los derechos fundamentales, puede atender al criterio funcional o bien al criterio estructural, según refiere Díez-Picazo (2005).

Como explica el autor, en el caso del primer criterio, los derechos fundamentales se clasifican en tres grandes grupos: derechos civiles, derechos políticos y derechos sociales (p.40). Este criterio de clasificación, estima atinadamente el autor, *“arroja luz sobre los valores protegidos por los derechos”* (p.42).

Desde esa perspectiva, no cabe duda de que el derecho fundamental al arbitraje califica como derecho de carácter civil.

Como lo explica Díez- Picazo, este tipo de derechos tienen como finalidad, *“garantizar determinados ámbitos de libertad de actuación o autonomía, en los que el Estado no debe interferir”* (p.40).

En efecto, el derecho fundamental al arbitraje procura garantizar, desde su propio origen histórico (Constitución girondina de 1791), un espacio intangible de libertad de actuación o autonomía, que permita al ciudadano ver resueltos sus conflictos de carácter patrimonial, por la vía del arbitraje.

Originalmente, esta garantía se dirigió en concreto al legislador. Se decía en la Constitución girondina, como se ha señalado, que:

« Le droit des citoyens de terminer définitivement leurs contestations par la voie de l'arbitrage, ne peut recevoir aucune atteinte par les actes du pouvoir législatif »

Al decir de Caia (1991), de ese modo, “si assisteva ad una consacrazione dell'arbitrato nel quadro del riconoscimento dei diritti di libertà e, per quanto di ragione, risulta importante richiamare le libertà economiche e l'autonomia privata” (p.36).

Como puede colegirse, desde su origen, la garantía tuvo como función primordial impedir que el Poder legislativo afectase el derecho ciudadano de ver resueltos, definitivamente, sus conflictos por la vía arbitral.

Como es claro, el enfoque defensivo liberal, hoy día, no podría reducirse al Poder legislativo. Según se verá adelante, la obligación de sometimiento a las garantías fundamentales no puede ya reducirse al Poder legislativo.

Modernamente se considera que se trata de una sujeción que cabe ampliar a todos los poderes del Estado, sin perjuicio del que cabe también atribuir a sujetos de Derecho privado en posición de poder, como es el caso, en esta temática, de los centros de conciliación y arbitraje y de los propios árbitros, entre otros.

Otra variable que en la sociedad actual cabe introducir a propósito de la *vis expansiva* del derecho bajo estudio, se refiere al hecho de que a esta garantía cabe atribuirle no sólo la función de impedir que se resuelvan los litigios por la vía arbitral, sino además, que se obligue a hacerlo por esa vía.

Me refiero, en cuanto a esto último, al fenómeno creciente de los arbitrajes *ex lege* u obligatorios, sobre los cuales se volverá más adelante, a propósito de las exigencias constitucionales que cabe atribuir al instituto.

Manteniendo el análisis, por ahora, desde esta misma perspectiva funcional, cabe cuestionarse cuál o cuáles son los bienes jurídicos protegidos por esta garantía fundamental.

Se ha hecho referencia atrás, a las tesis doctrinales y pretorianas que ven en el principio de la autonomía de la voluntad, el sustento del arbitraje.

La tesis, con todo, ha sido acogida por la Sala Constitucional costarricense, la cual, en el ya aludido fallo 2999-2005, señaló:

La esencia que materializa la posibilidad del arbitraje radica en el principio de libertad y disposición de las partes para elegir la vía donde resolver sus diferencias y conflictos.

Atendiendo tan vital señalamiento, es claro entonces que los valores o principios jurídicos protegidos por el derecho fundamental al arbitraje, son por un lado, el principio de libertad y por el otro, el de la autonomía de la voluntad.

Estimo, sin embargo, que cabe agregar a esta enumeración, otro principio protegido por la propia Constitución Política, a saber, el de obtener justicia pronta y cumplida.

En este punto del estudio, no parece viable entender que dicho principio queda sujeto a una única alternativa, es decir, la judicial o estatal.

Desde el propio momento en que se ha reconocido el derecho fundamental al arbitraje, es posible entender en el actual contexto histórico y social, que la Constitución procura defender como valor constitucional, el derecho a la justicia pronta, cumplida y sin denegación.

Habida cuenta de la escasez del recurso jurisdiccional estatal y del atentado que ello supone a la justicia pronta y cumplida, es preciso incluir este último principio constitucional, como uno de los protegidos por el derecho civil de libertad de toda persona, de ver resueltos sus conflictos por la vía arbitral.

Si se atiende ahora al criterio estructural de clasificación de los derechos fundamentales, es preciso recordar que conforme a esta perspectiva, cabe clasificar los derechos fundamentales según la naturaleza de la facultad que otorgan. Se distingue por ello, según refiere Díez-Picazo (2005), entre los derechos de defensa, de participación y de prestación. Este criterio, según señala con razón el mismo autor, permite aclarar el contenido de la garantía.

Por lo dicho hasta ahora, es fácil deducir que el derecho al arbitraje es un derecho de defensa, en claro contraste con el derecho a la tutela judicial efectiva, que es más bien un derecho de prestación.

De este modo, el derecho a algo que deriva de esta norma constitucional, no puede en modo alguno estar referido al acceso a un determinado servicio público o utilidad colectiva, como sucede en el caso de la tutela judicial efectiva (Díez-Picazo, 2005), o inclusive a una prestación.

Como refiere Borowski (2003), desde una óptica tradicional –y se agrega y aclara, estrictamente subjetiva-, los derechos de defensa se relacionan con una omisión estatal, mientras que los derechos de prestación, con una acción positiva.

Queda claro, entonces, que desde una dimensión estrictamente subjetiva, el derecho al arbitraje entraña un contenido negativo que se traduce en la prohibición jurídico-constitucional, de impedir/obligar a toda persona, a acudir a la vía arbitral para solucionar sus conflictos patrimoniales.

### **C.- La estructura del artículo 43 constitucional**

Es preciso examinar, de seguido, la estructura de la norma que regula el derecho de toda persona a resolver sus conflictos por la vía arbitral.

Se ha señalado (Presno Linera, 2004; Díez-Picazo, 2005) que se debe a Dworkin y luego a Alexy, la distinción entre normas iusfundamentales que presentan una estructura “principal” y aquellas que se presentan con el carácter de reglas.

De esta forma, en el caso de las primeras, se dice que aportan mandatos de optimización, mientras que las otras generan un modelo puro de reglas.

Usualmente, las Constituciones optan por un modelo mixto de principios y reglas, si bien suelen prevalecer las normas con estructura principal.

Ese es el caso, sin duda, del artículo 43 constitucional que se estudia, que presenta una estructura de la cual cabe derivar no una regla, sino más bien, un mandato de optimización.

Del texto mismo de la norma, resalta el hecho de que no prevé un supuesto fáctico y el consiguiente efecto jurídico, sino que más bien, plantea un mandato de optimización de la libertad jurídica, de la autonomía de la voluntad y del derecho a una justicia pronta. La norma se estructura, en suma, en calidad de principio y no de regla.

Esta circunstancia, sin embargo, no debe llevar a la confusión. El hecho de que la norma presente una estructura de principio, no necesariamente le confiere un carácter fundamental para el entero ordenamiento jurídico (Díez-Picazo), como lo tienen los Principios, entendidos como normas no escritas.

En el caso de la norma en comentario, sin embargo, puede señalarse que para la Sala Constitucional, cabe encontrar, además de la aludida estructura principal, una importancia fundamental para el entero ordenamiento jurídico, que permite calificarla como un Principio jurídico constitucional.

En efecto, en diversas ocasiones la Sala Constitucional ha caracterizado el arbitraje como un principio.

La primera ocasión se dio en la Res. No. 1027-1990, en la cual se calificó al arbitraje como un “...*sano principio constitucional*”, con lo cual se le trató como norma fundamental para el entero ordenamiento jurídico de raigambre constitucional.

Más tarde (Res. No. 10352-2000), se aludió al arbitraje como un “*principio general*”, de importancia fundamental y que trasciende su condición de garantía individual.

Al margen de tales consideraciones, de por sí muy válidas, cabe señalar que el carácter principal del numeral 43 constitucional, obliga a que al aplicarse se deba acudir a la técnica de la ponderación, conforme a la cual, debe siempre tratarse de optimizar el bien jurídico protegido, de modo que, como señala Díez-Picazo, se le conceda “...*la máxima efectividad posible habida cuenta de las circunstancias del caso*” (p.45), para lo cual resulta útil acudir al llamado Principio pro arbitraje, definido por la doctrina venezolana (Hung Vaillant, citado por Mezgravis, 2001), en estos términos:

Se debe tratar de sostener su validez [del arbitraje] en todos aquellos casos de duda, siempre que tal admisión no conduzca a una violación de normas de orden público, ni atente contra las buenas costumbres.

En resumen, en caso de duda, se deberá pronunciar a favor del arbitraje (pp. 132-133).

Se trata, entonces, de evitar incurrir en lo que Fernández Rozas (2005) califica como “*reticencias anti-arbitraje*” atribuibles a los tribunales judiciales (p.67), de modo que se evite que ante la duda se opte por excluir el arbitraje, reduciéndose así la eficacia de tal garantía fundamental.

## **2.- LA LIBERTAD JURÍDICA, CON RESPECTO A Y, DE SOMETER (NO SOMETER) A RESOLUCIÓN ARBITRAL, UNA DETERMINADA CONTROVERSIA DE CONTENIDO PATRIMONIAL**

Interesa ahora, con sustento en la caracterización recién hecha del derecho constitucional que engloba el artículo 43, referirse a su contenido esencial o *noyau dur*.

Al margen de las discusiones, de suyo respetables, con relación a la teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales, interesa proponer cuál se estima que es el contenido esencial de la garantía fundamental en estudio, no sin antes advertir sobre el riesgo que implica tal ejercicio, en consideración de la naturaleza cambiante de la sociedad y de los propios derechos fundamentales.

Como se ha dicho, el origen histórico de esta garantía es el primer dato que permite deducir su carácter de libertad jurídica, a lo cual cabe agregar, su ya conocida condición de derecho de defensa.

En vista de ello, siguiendo las nociones expuestas por Alexy (1993), puede decirse que en el caso del derecho regido por el artículo 43 constitucional, estamos frente a una libertad jurídica de naturaleza negativa, lo cual supone para el autor, lo siguiente:

Cuando el objeto de la libertad es una alternativa de acción, se hablará de una “libertad negativa”. Una persona es libre en sentido negativo en la medida en que no le están vedadas alternativas de acción. El concepto de libertad negativa no dice nada acerca de qué debe hacer una persona libre en sentido negativo o hará bajo determinadas condiciones; tan sólo dice algo acerca de sus posibilidades para hacer algo. Por ello, el concepto de libertad más amplio, del que la libertad jurídica es sólo una manifestación especial, es una relación triádica cuyo tercer miembro es una alternativa de acción (p.214, se suple el destacado).

Cabe ilustrar el aludido carácter triádico de la relación que engloba toda libertad jurídica de naturaleza negativa en estos siguientes términos:

X es libre, con respecto a Y para hacer Z o no hacer Z

De este modo, para el caso de la libertad bajo examen:

- \_ X es el justiciable beneficiario de los efectos de la garantía bajo examen;
- \_ Y será cualquiera de los poderes del Estado o incluso cualquier sujeto de Derecho privado en posición de poder frente a X, mientras que
- \_ Z es la acción de someter/no someter a resolución arbitral un conflicto de contenido patrimonial, inclusive, si está en conocimiento judicial.

De esta forma, cabe entender que el núcleo intangible de la garantía fundamental que se estudia, está definido por el contenido de la alternativa de acción representado por Z.

De hecho, la declaración de tal garantía tiene como objeto garantizar esa alternativa de acción al ciudadano, quien la ejercerá, conforme a la autonomía de su voluntad.

Déjese desde ya en evidencia, que la alternativa de acción no sólo se dirige a impedir que el Estado niegue la posibilidad de resolver disputas mediante la vía arbitral, sino además, que no se conmine –aún así sea por parte del legislador- a que determinadas disputas sean resueltas, únicamente, por la vía arbitral.

De ahí que se hable de una alternativa de acción que se concreta en un código binario: resolver por la vía arbitral/no resolver por la vía arbitral, disputas de carácter patrimonial, aún existiendo litigio.

A esto cabe agregar que a partir de tal contenido esencial, se valida la libertad de acción del ciudadano frente a la opción ofrecida por el Estado de resolver los conflictos en la vía judicial.

Es decir, si bien el Estado ofrece la opción de la jurisdicción que ejerce en ejercicio de la función judicial, el justiciable está constitucionalmente habilitado para optar, libremente, por resolver sus litigios de contenido patrimonial por la vía del arbitraje.

Desde esta perspectiva, se garantiza que la aludida alternativa de acción no podrá impedirse mediante medidas prohibitivas que impongan la vía judicial como único vehículo para resolver una determinada disputa.

En ese sentido, *mutatis mutandi*, resulta aplicable el comentario de Alonso García (1991), quien, aludiendo al derecho a la tutela jurisdiccional, y en concreto, a la libertad de elegir las acciones por parte del justiciable, señaló lo siguiente:

En principio, existiendo multiplicidad de acciones, el interesado el libre de elegir la vía que le parezca más adecuada, infringiendo el artículo 24.1 el juez que inadmite la reclamación por entender que existen otras vías jurídicas igual o más adecuadas para la protección de ese interés (STC 90/1985, de 22 de julio, BOE de 14 de agosto, y 1/1987, de 24 de enero, BOE de 20 de febrero). Así en palabras de la primera STC citada, «el mandato contenido en el artículo 24.1 CE encierra el derecho

a escoger la vía judicial que se estime más conveniente para la defensa de derechos e intereses legítimos aunque sólo sea porque no puede decirse que sean los mismos los efectos y consecuencias jurídicas que ofrecen los distintos tipos de procesos previstos en nuestro ordenamiento para la defensa de tales derechos e intereses. Por ello, siempre que la vía escogida sea procesalmente correcta, conforme a las normas legales vigentes, la privación o denegación de la misma, si fuera indebida, habría de estimarse que equivale a una privación o denegación de tutela judicial efectiva, contra lo dispuesto en dicho mandato constitucional» p.1024

En el caso del derecho fundamental en estudio, es claro que deriva de éste una libertad de escogencia de la vía judicial o arbitral, para resolver disputas de carácter patrimonial, por lo que, análogamente, conforme a la establecido por el Tribunal Constitucional español, *“...siempre que la vía escogida sea procesalmente correcta, -entiéndase la vía arbitral- conforme a las normas legales vigentes, la privación o denegación de la misma, si fuera indebida, habría de estimarse que equivale a una privación o denegación (...) -del derecho a resolver los conflictos en la vía arbitral-, contra lo dispuesto en dicho mandato constitucional”*, es decir, el contenido en el artículo 43 de la CP.

Recientemente, la Sala Constitucional, en la citada Res. 2999-2005 redactada por el Magistrado Jinesta Lobo, dio el paso y formuló lo que entiende como el contenido esencial de esta garantía.

Se señaló en ese fallo, textualmente, lo siguiente:

A partir de su núcleo esencial queda suficientemente claro que ninguna persona puede ser obligada a renunciar a someter una controversia de interés a un tribunal arbitral o compelido para ello, puesto que, se trata de un derecho de libertad para elegir entre los distintos modos de solución de un diferendo patrimonial.

Como se puede observar, el planteamiento de la Sala engloba, como lo propone este estudio, la alternativa de acción consistente en resolver/no resolver por la vía arbitral, un litigio de naturaleza patrimonial.

Interesa destacar, en ese sentido, que la referida resolución entiende que a partir de esta garantía fundamental, “*ninguna persona puede ser obligada a renunciar a someter una controversia de interés a un tribunal arbitral o compelido para ello*”, con lo cual se termina reconociendo la aludida alternativa de acción.

## **II.- DIMENSIÓN OBJETIVA Y SUBJETIVA DEL DERECHO**

Como se explicará de seguido, a propósito de una lectura de la garantía en examen que responda a la moderna teoría de los derechos fundamentales, es posible identificar en el artículo 43 constitucional, un haz de posiciones iusfundamentales.

Por un lado, desde un enfoque subjetivo o negativo, se ha venido insistiendo en que esta garantía genera en beneficio del justiciable, un derecho a acciones negativas, típicas de todo derecho de defensa como el examinado (A).

Sin embargo, desde su dimensión objetiva, también cabe derivar un derecho a acciones positivas de los poderes públicos, tendientes a hacerla eficaz, a propósito de su obligación de sujeción a las garantías fundamentales (B).

Este enfoque responde a lo que Presno Linera (2004) califica como las dimensiones subjetiva y objetiva de las normas que garantizan derechos fundamentales.

De este modo, como explica el autor,

Junto a los derechos fundamentales como derechos subjetivos tradicionales frente al poder público, aparecen los derechos fundamentales como normas objetivas que expresan un contenido que se irradia en todos los ámbitos del ordenamiento (p.50).

La dimensión subjetiva se refiere, precisamente, al derecho a acciones negativas, mientras que la objetiva, al derecho a acciones positivas, regidas por el ya aludido mandato de optimización.

### **1.- EL DERECHO A ACCIONES NEGATIVAS -DERECHOS DE DEFENSA-**

Ubicándonos en la primera hipótesis, es decir, aquella en la cual el objeto del derecho se traduce en una acción negativa, cabe puntualizar antes de entrar al detalle que interesa al estudio, que, conforme distingue Alexy (1993), existen tres diferentes tipos de derechos a acciones negativas, o derechos de defensa:

- \_ al no impedimento u obstaculización de acciones;
- \_ a la no afectación de propiedades y situaciones;
- \_ a la no eliminación de posiciones jurídicas.

Por las razones expuestas *infra*, del derecho fundamental objeto de este estudio, se estima que dimanen, en beneficio del ciudadano, tanto el derecho al no impedimento de acciones (a), como el derecho a la no eliminación de su posición jurídica iusfundamental, consistente en la posibilidad de resolver sus litigios mediante la vía arbitral o judicial (b).

Como se verá, en el caso del primero, se está frente a situaciones en las cuales se introduce al justiciable en un supuesto de imposibilidad de la acción (resolver por la vía arbitral conflictos patrimoniales), aunque desde un punto de vista fáctico, que no jurídico.

En el segundo supuesto, se está en las hipótesis en que media una imposibilidad de naturaleza jurídica para cumplir con el acto jurídico (acuerdo arbitral/requerimiento arbitral).

Considerando tal circunstancia, resulta impostergable examinar la relación triádica de deriva típicamente del derecho fundamental bajo examen (c).

**A.- El derecho al no impedimento u obstaculización de la resolución arbitral de una disputa de carácter patrimonial, aún estando pendiente un litigio**

Como explica Alexy (1993), se habla de impedimento de una acción, cuando “...**b** crea circunstancias que hacen fácticamente imposible para **a** realizar la acción” (p.189). Por su parte, se está en el caso de una obstaculización, cuando “...**b** crea circunstancias que pueden impedir a **a** realizar la acción” (p.189).

Como se adelantó, en el caso de la garantía que nos ocupa, se estima que deriva del artículo 43 constitucional, un derecho al no impedimento de la acción jurídica de someter una disputa de carácter patrimonial al arbitraje, aún estando en curso un litigio.

Debe aclararse, en ese sentido, que la acción autorizada por la norma bajo estudio, es un acto jurídico.

Tal consideración, de determinante interés para lo que se explicará adelante, está sustentada en el *fait accompli* de que su materialización depende de un contrato bilateral, convenio en el cual las partes deciden resolver por la vía arbitral, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, un conflicto ya existente o apenas eventual. Se trata del acuerdo arbitral, siguiendo la moderna denominación que utiliza la legislación vigente.

Como lo ha señalado la Sala Constitucional, el arbitraje tiene sustento contractual (Res. No. 2999-2005).

Así pues, para esos supuestos, la garantía fundamental que se estudia se traduce en la prohibición de acciones que, impidan u obstaculicen en un grado irrazonable, el derecho a resolver las disputas patrimoniales por la vía arbitral, aún estando pendiente un litigio.

Desde mi perspectiva, podría entenderse que ese sería el caso, para el supuesto de la resolución de disputas con la Administración Pública, de lo dispuesto, en su oportunidad por la Ley General de la Administración Pública (No. 6227), mediante una norma hoy felizmente derogada.

Se trataba del artículo 27 párrafo 1, cuya literal transcripción resulta obligada en beneficio de la claridad expositiva:

Art. 27.

1.- La transacción y el compromiso sobre asuntos de derecho público requerirán aprobación de la Asamblea Legislativa, y los que versen sobre asuntos de derecho privado y excedan de cien mil colones requerirán dictamen favorable de la Procuraduría General de la República.

Como se ve, si bien la norma no genera una imposibilidad jurídica ni para el justiciable, sujeto particular, ni para la propia Administración, de resolver una determinada disputa por la vía arbitral, si construye un procedimiento preprocesal de tal complejidad, que ocasiona un impedimento fáctico claramente inconstitucional.

Véase que conforme a lo estatuido por esa norma, la admisibilidad y validez del proceso arbitral en materia de Derecho Público, dependía de la previa aprobación del compromiso arbitral por parte de la Asamblea Legislativa !

Es decir, el obstáculo formal impuesto, deviene en una carga de imposible satisfacción por parte del justiciable, a tal grado que se terminó imposibilitando, fácticamente, el disfrute de la garantía fundamental estudiada.

Prueba de todo ello, fue la práctica inexistencia de casos en los cuales esa exigencia se logró cumplir, lo cual hizo obligada su posterior derogatoria.

También era el caso, a mi juicio, del régimen legal dispuesto por el Código Procesal Civil (No.7130), en el cual imperó una excesiva judicialización del proceso arbitral, al grado que se le hizo perder buena parte de sus beneficios.

Como lo explica Artavia Barrantes (2000),

... en la normativa derogada toda la función la hacía el juez, desde homologar el compromiso, notificar el compromiso, juramentar los árbitros, constatar y dar garantía del depósito de honorarios y costas, entregar el expediente, conocer de la recusación de los árbitros, auxiliar a los árbitros en evacuación de pruebas, otorgar medidas cautelares, conocer del laudo y finalmente hasta podían ser árbitros, sin limitación de tiempo para laudar. (p.26).

Se impuso así, en la normativa hoy derogada, una serie importante de formalidades que ocasionaron una excesiva lentitud en el trámite del proceso mismo, además de una enfermiza dependencia del juez, lo cual representaba un manifiesto contrasentido.

Esa regulación, vistos sus efectos fácticos, era inconstitucional, dado que si bien no imponía una prohibición, sí ocasionaba un entramamiento procesal irrazonable del arbitraje como modo de solución de conflictos.

## **B.- El derecho a que el Estado no elimine la posibilidad jurídica de resolver las disputas por la vía arbitral o judicial**

Reseña ALEXY (1993) lo siguiente:

Una acción puede ser imposibilitada jurídicamente sólo si es un acto jurídico. Actos jurídicos son acciones que no existirían sin las normas jurídicas que para ellas son constitutivas. Así, sin las normas del derecho contractual no sería posible el acto jurídico de la celebración de un contrato... (p.190).

Precisando aún más este concepto, debe señalarse lo siguiente: las normas que posibilitan, en este caso, el arbitraje, son normas que validan, jurídicamente, ese acto jurídico.

Por ejemplo, sin entrar en detalle, en vista de que ello será objeto de posterior desarrollo, sin la norma legal que le da eficacia de cosa juzgada material al laudo arbitral, el arbitraje no tendría sentido en el mundo jurídico.

De esta forma, podría estarse frente a una hipótesis inconstitucional, en el caso de la inexistencia -omisión en el ejercicio de la función legislativa- de normativa que haga posible el arbitraje, o en el caso de decidirse su derogación.

En general, sin la normativa procesal que hace posible el arbitraje, ese acto jurídico ya no se obstaculiza, como en la hipótesis examinada antes, peor aún, se torna imposible.

En esos supuestos, siguiendo a Alexy (1993) “... se priva al individuo de una posición jurídica, es decir, de la capacidad jurídica o de la competencia para modificar la situación jurídica” (p.191).

Más claro aún, dado que el arbitraje se vuelve jurídicamente imposible si se deroga la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y de la Paz Social (No.7727), sin sustituirla por una nueva que venga a regular la figura, tal evento sería manifiestamente inconstitucional por contrariar el artículo 43 de la Carta Política.

En la misma hipótesis se estaría, en caso de aprobarse normativa que venga a declarar una prohibición del arbitraje, de modo que haga desaparecer la posición jurídica ciudadana que da derecho a resolver, por la vía arbitral, las disputas de contenido patrimonial.

Así, el derecho a una acción negativa se concreta, en lo que interesa, a no adoptar medidas, de cualquier naturaleza, que imposibiliten jurídicamente la resolución arbitral de conflictos patrimoniales, salvo que tal imposibilidad resulte admisible dentro del estrecho margen abierto al efecto por el Constituyente, aspecto sobre el cual se abundará más adelante.

A salvo queda, también, el derecho del justiciable de elegir/no elegir la vía arbitral, de modo tal que no luce tampoco compatible con la Constitución, una disposición que obligue a resolver por la vía arbitral, una determinada disputa.

En este sentido, lo prohibido constitucionalmente, ya no es impedir la solución arbitral –como en el primer supuesto acá examinado–, sino más bien, impedir la solución judicial estatal.

Como se ha venido señalando, existe una libertad de acción: resolver/no resolver por la vía arbitral una disputa. De este modo, impedir resolver o no resolver esa solución por la vía arbitral, representa un quebranto constitucional.

### **C.- Examen de la relación triádica. En especial, quién o quienes son los destinatarios de los deberes examinados**

Según ha explicado líneas atrás, media en las circunstancias examinadas, una relación triádica. Esto lo esquematiza ALEXY, así:

**a** tiene frente a **b** un derecho a **G**

Por lo que se ha explicado hasta ahora, tenemos claro quién es **a**. Será todo ciudadano en ejercicio pleno de sus derechos.

Se ha establecido cuál es el objeto de esa acción. Es decir, una acción negativa, de abstención, tendiente a no generar impedimentos, sean fácticos o jurídicos, que hagan nugatorio el derecho del cual es beneficiario **a**.

Sin embargo, queda pendiente cuestionarse lo siguiente: quién es **b**? Es decir, quién es el destinatario de los deberes y no ya de los derechos, que dimanen de las dos posiciones jurídicas recién examinadas ?

Más claro, sobre quién recae el deber jurídico de (i) no incurrir en conductas que por sus efectos fácticos, obstaculicen irrazonablemente el derecho de **a** y (ii) de no incurrir en acciones que hagan imposible, jurídicamente, ese mismo derecho de **a**?

La respuesta a estas interrogantes sería sencilla para los ideólogos de la Revolución Francesa. En ambos casos, esos deberes recaen sobre el Estado. Es decir, **b** es el Estado.

Sin embargo, hoy día esa respuesta no es tan clara. Es sabido que la evolución social ha generado una sociedad altamente compleja. Existe en la actualidad, centros de poder de naturaleza privada, con igual o mayor capacidad coactiva, incluso, que el propio Estado.

Así pues, bien podríamos estar en situaciones frente a las cuales, **b** no es el Estado o alguna de sus instituciones.

También podría tratarse de un sujeto privado en posición de poder respecto de **a**, con capacidad suficiente como para incurrir en conductas violatorias de las posiciones jurídicas comentadas.

Nos referimos con ello, como es claro, a lo que se ha resumido como la capacidad de irradiación de los derechos fundamentales, su efecto horizontal o eficacia mediata o inmediata en los sujetos de Derecho privado.

En esta temática, ha sido el Tribunal Constitucional alemán el principal protagonista, no sin antes tener que enfrentar una resistencia de la doctrina (Hesse, 1996).

Rivero Sánchez (2001), en alusión a esa postura doctrinal, señala lo siguiente:

... una vigencia directa e inmediata de los derechos fundamentales en el plano privado implicaría eliminar todo vestigio de la autonomía privada, pues ello conduciría a valorar por parte del Juez todos los negocios particulares de conformidad con los estrictos parámetros del principio de prohibición del exceso: idoneidad, necesidad y proporcionalidad. (p.171).

El autor admite, por lo tanto, la incidencia de los derechos fundamentales en el plano privado, conforme a estos parámetros:

Solo a un nivel muy abstracto se puede afirmar que los derechos fundamentales inciden directamente en el plano privado, a saber: a) dando fundamento al principio de la autonomía privada y b) determinando su contenido. Debe traerse aquí a colación la teoría de

los límites intrínsecos de los derechos fundamentales, doctrina según la cual todo derecho fundamental se encuentra intrínsecamente limitado por los otros derechos o valores reconocidos en la Carta Magna. Si el derecho de autodeterminarse tiene rango constitucional (art. 28 II CP, 34 y 41 CP), entonces también la autonomía de voluntad se encuentra intrínseca (y por tanto, inmediatamente), limitada por los restantes derechos fundamentales (!). No se puede sostener la doctrina de los límites intrínsecos de los derechos fundamentales y negar al mismo tiempo una influencia directa de los derechos fundamentales en el plano negocial. No obstante, resulta claro que esta incidencia directa en el plano privado se da, como ya se dijo, a un nivel bastante abstracto, precisamente al nivel de fundamento y de determinación del contenido de la autonomía de voluntad. Porque al nivel del negocio jurídico concreto y determinado, corresponde a las partes la facultad de decidir que limitaciones de sus derechos fundamentales consideran conveniente introducir, con tal de que, en principio, la limitación no implique una limitación del contenido esencial del derecho (p.171)

Así pues, en principio, la posibilidad de alegar una eficacia inmediata de los derechos fundamentales en el plano privado, habrá de admitirse sólo en casos de excepción y en la medida en que se cumplan, en el Derecho costarricense, los requerimientos a que alude el artículo 57 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (No.7135), es decir, *“...que el sujeto actúe en ejercicio de funciones o potestades públicas, o se encuentren, de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales a que se refiere el artículo 2, inciso a) de esta ley.”*

Esto excluye, de plano, la posibilidad de argumentar que la negativa de un sujeto de Derecho privado de suscribir un acuerdo arbitral, puede entenderse como una conducta impugnada mediante un recurso de amparo, aduciendo la violación del derecho reconocido por el tantas veces citado artículo 43 constitucional.

Así lo ha entendido, la Sala Constitucional al estimar que la negativa de suscribir un convenio arbitral no es un asunto de constitucionalidad (Res. No. 6045-2000).

En ese supuesto, de ampararse al interesado en suscribir el acuerdo arbitral, se estaría imponiendo a quien no lo desea, sujeto de derecho privado también, una decisión que sólo él, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, puede decidir.

Lo que sí podría ser amparable, por violación del derecho a acciones negativas en los términos antes señalados, es aquella conducta de un sujeto de derecho privado que, ocupando una posición de poder, obstaculice o impida el ejercicio del derecho del justiciable a ver resuelta una determinada disputa por la vía arbitral.

La hipótesis fáctica podría estar referida, por ejemplo, a la negativa de un centro de conciliación y arbitraje, de cumplir con las actuaciones preprocesales una vez planteado un requerimiento arbitral, en caso de haberse acordado un arbitraje institucional.

Nótese que en esa situación de hecho, el centro es el único autorizado para administrar el proceso arbitral respectivo, salvo pacto en contrario, lo cual incluye el cumplimiento de una serie de actos preprocesales indispensables para dar inicio al proceso arbitral.

En ese supuesto, se estaría ante un claro obstáculo para el ejercicio del derecho a ver resueltas las contiendas patrimoniales por la vía arbitral, como producto de las acciones u omisiones de un centro de conciliación y arbitraje.

Se trata, en esta hipótesis, de un sujeto de derecho privado que, con relación al justiciable posee una posición de poder, incluso reconocida por la normativa infraconstitucional (No. 7727) y “...frente a la cual los remedios jurisdiccionales

*comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales...”*

Y es que cabe cuestionarse ¿cuáles serían los remedios jurisdiccionales contra una actuación como la descrita?

Todo indica que sería necesario acudir a un proceso ordinario declarativo del deber de dar trámite al pedimento del justiciable, lo cual nos ubica en un supuesto en donde el resultado sería claramente tardío y contradictorio con la celeridad que se busca con el arbitraje.

A esto agréguese que la única alternativa para evitar la intervención de un centro de conciliación y arbitraje, una vez alcanzado un acuerdo arbitral institucional, sería obtener la aquiescencia de la contraparte, la cual, a sabiendas de la imposibilidad de someter el conflicto a la administración de otra entidad o bien a resolverlo mediante un arbitraje ad-hoc sin su voluntad, probablemente se aprovecharía de la situación y se negaría a renunciar a lo pactado originalmente.

Ante estas circunstancias, en mi opinión, se estaría frente a una situación amparable, por violatoria de la garantía constitucional en comentario, siempre que la negativa luzca claramente arbitraria e injustificada.

La perspectiva de la Sala Constitucional en este campo, sin embargo, ha sido bastante restrictiva, al grado que se puede perfilar una clara tendencia jurisprudencial, que califica como asuntos de mera legalidad, los conflictos referidos a esta materia.

En efecto, la Sala ha evitado entrar a evaluar si conductas concretas de sujetos de Derecho privado o público, ocasionan o no una violación del derecho fundamental bajo examen.

Ese ha sido el caso de las siguientes hipótesis en que la Sala estimó que se trataba de discusiones de mera legalidad:

- \_ inejecución del laudo arbitral (Res. No. 2173-1991);
- \_ incumplimiento de un acuerdo arbitral (Res. No. 1276-1993);
- \_ interpretación del acuerdo arbitral (Res. No. 4363-1999; 4701-2000);
- \_ negativa a suscribir un acuerdo arbitral (Res. No. 6045-2000);
- \_ definición de la cuantía y honorarios de los árbitros (Res. No. 4305-2002);
- \_ alegaciones referidas a vicios en el acuerdo arbitral (Res. No. 10435-2002).

Si bien es cierto, todo indica que por la forma en que fueron planteados esos casos, en efecto se estaba frente a alegaciones de mera legalidad, no deja de ser de interés una más atenta evaluación de estos casos, a efectos de evitar el desamparo de la garantía fundamental en estudio, ante actuaciones que obstaculicen o impidan su ejercicio eficaz.

No es de extrañar que con el tiempo, surjan discusiones referidas a conductas que pueden entrañar violaciones a la garantía fundamental en estudio.

## **2.- EL DERECHO A ACCIONES POSITIVAS**

Se ha explicado ya la postura moderna en torno a la exigibilidad de acciones positivas del Estado, aún en el caso de garantías fundamentales de libertad.

Ha dicho Hesse (1996) con precisión, que es deber del Estado como un todo, *“llevar a cabo todo aquello que sirva a la realización de los derechos fundamentales, incluso cuando no conste una pretensión subjetiva de los ciudadanos”* (p.94).

Así, se ha logrado distinguir dos distintos medios de acción positiva del Estado que contribuyen a la eficacia de los derechos fundamentales: el deber jurídico estatal de adoptar legislación en materia de organización y procedimiento y, además, en especial para el caso de los derechos sociales, cumplir con los deberes prestacionales respectivos.

Para el caso en examen, siempre con Hesse (1996), valga señalar que *“Organización y procedimiento pueden acreditarse como medios directos para la realización y garantía de los derechos fundamentales”* (p.103).

Así, puede distinguirse, en torno a las normas de organización y procedimiento, dos distintos tipos de normativa: aquella que atiende la necesidad defensiva del derecho y la que lo hace eficaz.

Interesa estudiar, para el caso concreto, la segunda hipótesis, es decir, el deber jurídico del Estado de desarrollar normas de organización (a) y procedimiento (b) que faciliten la eficacia de la garantía contenida en el artículo 43 constitucional, así como las relativas a competencia (c).

## **A.- Las normas de organización**

Por su contenido y efectos, es posible establecer un deber jurídico a cargo del Estado de adoptar legislación mediante la cual se organice un sistema de resolución arbitral de conflictos.

Como se explicará, no sólo es necesario que el Estado, en aras de promocionar la garantía fundamental en estudio, ponga en vigencia normas de naturaleza procedimental, sino que es necesaria también, la puesta en vigencia de normas de organización mediante las cuales se organice, en el sistema jurídico, un subsistema de resolución de conflictos por la vía arbitral.

Sin esta organización, el derecho de libertad que se estudia terminaría siendo ineficaz, como ocurrió antes de la entrada en vigencia de la ley que hoy rige la materia (No. 7727).

La articulación de un subsistema, mediante normas que vengán a definir los roles de cada uno de los partícipes, es decir, las partes, el tribunal arbitral, el Poder Judicial, el centro de conciliación y arbitraje, para los casos del arbitraje institucional, es una tarea indispensable a cargo del Estado que tiene a hacer eficaz la garantía que se examina.

Sin las normas que organizan el sistema, atribuyendo al Poder Judicial la competencia de conocer los recursos de nulidad y cuestiones referidas a la competencia del Tribunal arbitral o del árbitro, existiría una incerteza jurídica tal, que se caería en la ineficacia del derecho ciudadano de ver resueltos sus conflictos por la vía arbitral.

Si bien no se trata de funciones indispensables para el ejercicio de la garantía fundamental examinada, sí representan un mecanismo de ordenamiento y validación de la decisión tomada por el árbitro que viene a legitimar, aún más, lo ahí decidido.

Por otro lado, sin las normas referidas a los mecanismos a seguir para la creación y autorización de centros de conciliación y arbitraje, existiría un vacío normativo que si bien no imposibilita jurídicamente el ejercicio de la garantía en estudio, al menos si lo desincentiva, en la medida en que los centros, como administradores de los arbitrajes institucionales, juegan un vital papel en el trámite y administración de los procesos, al facilitar a las partes un procedimiento depurado por la experiencia diaria en su aplicación, además de la certeza jurídica de su apoyo institucional tanto para las partes como para los árbitros.

Cumplen por ello las normas de organización, un papel determinante en la promoción del arbitraje, en la medida en que, entre otros beneficios, facilitan un camino a seguir por el justiciable e introducen un orden en procura del más eficaz ejercicio de la libertad que dimana del artículo 43 constitucional.

En ese aspecto, bien podría hablarse de la existencia de un derecho subjetivo a la vigencia de tales normas, en tanto son, al decir de Alexy (1993) "*necesarias para que sea posible aquello que garantiza el derecho fundamental*" (p.471).

## **B.- Las normas de procedimiento**

Tanto la doctrina como la jurisprudencia alemanas, han determinado que algunas garantías fundamentales dependen de un procedimiento para su plena eficacia.

Señala Capitant (2001) en ese sentido, que

Fr. Ossenbühl, dans une terminologie reprise par la Cour constitutionnelle fédérale, a qualifié de “droits fondamentaux dépendant de la procédure” (verfahrensabhängige Grundrechte) les droits fondamentaux pour lesquels l’existence d’une procédure est la condition sine qua non de leur exercice. [Fr. Ossenbühl, en una terminología retomada por la Corte constitucional federal, calificó como derechos fundamentales dependientes del procedimiento, los derechos fundamentales para los cuales la existencia de un procedimiento es la condición sine qua non de su ejercicio] (p.302).

Como es claro, el arbitraje, siendo un proceso, requiere para ser posible, una normativa procesal. Se está, entonces, frente a una de esas garantías fundamentales cuya eficacia depende de una determinada legislación procesal.

Ahora bien, ello no puede entenderse, en el caso del arbitraje, como la autorización para el Estado de imponer un procedimiento determinado, llevando su poder de reglamentación más allá de lo deseado.

Recuérdese que el arbitraje es un proceso al cual, de forma autónoma, las partes deciden someter la resolución de su disputa. Es decir, en el fondo, son también las partes quienes podrán, dentro de un marco general de referencia establecido por la propia Constitución, definir el procedimiento que darán a ese proceso, guardando siempre respeto a los derechos instrumentales de naturaleza irrenunciable que dimanen del Principio del Debido Proceso.

Es decir, debe el Estado proveer de una legislación procesal que haga posible el arbitraje, sin que invada por ello, el núcleo duro de este derecho de libertad, que

incluye la capacidad de las partes de definir libremente el procedimiento que adoptarán.

Así lo ha entendido el legislador ordinario a la hora de adoptar la legislación hoy vigente en la materia. Conforme al artículo 18 en relación con el 39, ambos de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y de la Paz Social (No. 7727), se ha dejado abierta la posibilidad de que las partes determinen, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, el procedimiento a seguir.

Así, el papel del Estado en cuanto a la adopción de legislación procesal, más que ser el de imponer un procedimiento determinado, es el de establecer las líneas generales, de origen constitucional, dentro de las cuales deberán las partes ajustar el proceso. Podrá también poner a su disposición, mas no imponer, un procedimiento de referencia que facilite la eficacia de la garantía fundamental en comentario, que sirva de parámetro a las reglamentaciones que las propias partes o los centros de conciliación y arbitraje definan.

A ese respecto, interesa destacar lo señalado en la citada Res. No. 2999-2005 de la Sala Constitucional en la cual se dispuso:

... el arbitraje debe realizarse conforme a un procedimiento que garantice a las partes al menos los siguientes derechos: a) un tribunal imparcial integrado por árbitros competentes; b) la posibilidad de las partes de impugnar las resoluciones; c) el derecho de solicitar la nulidad del laudo ante los tribunales comunes cuando no se respete la garantía constitucional del debido proceso; d) la garantía de ejecución del laudo para la parte vencedora.

Se ha delimitado, de esa forma, el alcance de la normativa infraconstitucional que ha de aportar el legislador para el pleno ejercicio de la garantía en comentario.

### C.- Las normas de competencia

Finalmente, es claro que la atribución de competencias a los distintos actores del sistema de resolución de disputas por la vía arbitral, es vital para asegurar su eficacia.

En ese sentido, quizá el punto de partida lo formula Fernández Rozas (2005), al señalar que la eficacia material del arbitraje depende de la ejecutoriedad de los laudos arbitrales.

Para el autor, *“la labor de los árbitros carecería de eficacia material, sino no gozase de la referida ejecutoriedad que corresponde a la jurisdicción (p.58)”*, dicho lo cual, cabe retomar lo indicado por el Constituyente de 1791 quien, al abordar el derecho constitucional al arbitraje, señaló el claro interés de que sirviera de medio para resolver, de forma **definitiva**, las disputas.

No sería definitiva la resolución, de carecer el laudo de eficacia y ejecutoriedad, como en efecto la tiene, conforme al régimen jurídico vigente.

De este modo, resulta vital para la eficacia de la garantía, que el legislador ordinario atribuya al árbitro la competencia para dictar laudos con efecto de cosa juzgada material.

A ese respecto, la Sala Constitucional (Res. 2999-2005) ha entendido legítima la disposición legal que reconoce ese carácter al laudo arbitral. Se señaló a ese respecto, lo siguiente:

El laudo es el acto más importante del proceso arbitral, por cuanto es el único modo formal o adjetivo de finalizar el arbitraje. Por vía de principio, el laudo es irrecurrible, por cuanto las partes, en ejercicio de su libertad, han encomendado la resolución del conflicto a personas en quienes confían. (...)De esa forma, se fomenta en el proceso arbitral la definitividad de la instancia, quedando la revisión judicial reservada a la violación del debido proceso, a objeciones respecto de la arbitrabilidad

de la controversia y al resguardo de las normas imperativas y de orden público.

Precisamente con relación a la revisión judicial antes referida, para Merino Merchán (2002), resulta vital establecer

Un sistema de control judicial a fin de garantizar que el nacimiento, desarrollo y conclusión del proceso arbitral se ajusta en lo establecido en la Ley de Arbitraje y la Constitución (p.39).

En efecto, para el autor, la atribución de la competencia a los tribunales judiciales de examinar los laudos, representa un “*presupuesto legitimador de la existencia de la institución arbitral*” (p.39), si bien se concibe con razón, como un instrumento para el cual, el contenido del laudo es intangible.

Finalmente, es indispensable para la eficacia de la garantía en examen, la atribución de competencias a los tribunales de justicia, para garantizar la ejecución del laudo, habida cuenta del monopolio estatal en el uso de la fuerza (*imperium*). Para Merino Merchán (2002), cabe aludir a un derecho a la ejecución del laudo arbitral, al menos de configuración legal, al cual acredita dos distintas manifestaciones, a saber:

- a) Por un lado, estaría el *derecho a la plena efectividad del fallo arbitral*; es decir, su reconocimiento con efectos equivalentes a la sentencia judicial (...);
- b) En segundo lugar, el laudo deberá ser respetado en sus propios términos (...) Esto es, también desde esta perspectiva existe un *derecho a la invariabilidad e intangibilidad del laudo* con relevancia constitucional (p.63).

Como queda entonces en evidencia, el papel del legislador en procura de la eficacia de la garantía es indiscutible, quedando a su cargo la definición de las reglas referidas a organización, procedimiento y competencia idóneas, útiles y necesarias.

## **SECCIÓN III.- EN TORNO A LOS LÍMITES Y EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES A QUE ESTÁ SUJETO EL ARBITRAJE COMO DERECHO FUNDAMENTAL**

Hasta ahora se ha realizado una evaluación aislada de la garantía fundamental objeto de este estudio.

Es preciso de seguido, adentrarse en el contexto constitucional, de modo que pueda plantearse cómo se desenvuelve la garantía fundamental en esa totalidad.

Se ha entendido con razón (Vigo, 1993), que la interpretación de la Constitución es una tarea en la cual debe considerarse cada una de sus partes, de modo que se logre, al momento de su aplicación “..una comprensión totalizadora y armónica del conjunto de sus enunciados” (p.124).

Con el objeto de lograr tal cometido, resulta obligado aludir a los límites del arbitraje dispuestos por la propia Constitución (I), así como a las exigencias que cabe deducir del contexto constitucional (II).

### **I.- LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES DEL ARBITRAJE**

Ya se ha hecho mención, líneas atrás, de una u otra forma, a las garantías fundamentales con las cuales tiene algún vínculo la que se estudia.

Es preciso ahora referirse a los límites de carácter intrínseco y extrínseco que comporta este derecho fundamental, de modo que será preciso evaluar la noción de patrimonialidad de la disputa (1), los límites impuestos por el Debido Proceso

(2), el el orden público (3), así como la relación de cooperación que en realidad existe entre el arbitraje y la jurisdicción estatal (4).

Para terminar, será necesario referirse a la tesis de la Sala Constitucional que identifica, para el caso de los arbitrajes en que participa un sujeto de Derecho público, otro límite al ejercicio de esta garantía fundamental, a saber, el Principio de Legalidad (5).

### **1.- LA PATRIMONIALIDAD DE LA DISPUTA**

Se ha distinguido, modernamente, entre restricciones directamente constitucionales y restricciones indirectamente constitucionales.

Como tesis de principio, según expone Alexy (1993),

... Los derechos fundamentales, en tanto derechos de rango constitucional, pueden ser restringidos sólo a través de, o sobre la base de, normas con rango constitucional. Por ello, las restricciones de derechos fundamentales son siempre o bien normas de rango constitucional o normas de rango inferior al de la Constitución, a las que autorizan dictar normas constitucionales. Las restricciones de rango constitucional son directamente constitucionales; las restricciones de rango inferior a la Constitución, indirectamente constitucionales (p.277).

Hilando más fino aún, debe distinguirse entre “restricción” y “cláusula restrictiva”. Por la segunda, debe entenderse, para el mismo autor, “...*la parte de la norma completa de derecho fundamental que dice cómo está restringido o puede ser restringido lo que el supuesto de hecho de derecho fundamental garantiza prima facie.*” (p.277).

Considerando esas nociones, en el caso de la garantía en estudio, es posible señalar que el artículo 43 constitucional contiene un derecho de libertad que, *prima facie*, habilita al ciudadano a someter a resolución arbitral sus disputas,

derecho que se ve reducido mediante una cláusula restrictiva definida por el propio Constituyente, es decir, que la disputa sometida a arbitraje, debe tener carácter patrimonial.

Ahora bien, antes de adentrarse en el estudio de este concepto jurídico – determinado-, interesa retomar la base histórica de la norma que se comenta.

Como se ha señalado ya, la primera evidencia de una garantía fundamental referida al arbitraje en el constitucionalismo, se remonta a la Constitución girondina de 1791.

Su texto, sin embargo, no califica la naturaleza de las “contestations” que podían ser sometidas a solución arbitral, como si lo hace el artículo 43 de la Constitución costarricense, según se ha visto, al calificar como patrimonial, la disputa susceptible de ser sometida a arbitraje.

Lo mismo sucedió en el caso de la regulación del instituto que se dio en la Constitución de Cádiz de 1812, en la cual se aludió al derecho a “*terminar sus diferencias*” mediante el arbitraje, sin señalar a qué tipo de diferencias se refería la norma.

En lo que se refiere a la historia constitucional costarricense, la presencia de un calificativo en el tipo de disputa susceptible de resolverse mediante un arbitraje, se remota a la Constitución de 1847, en la cual se dispuso que el arbitraje cabría para resolver “*acciones civiles*”.

Más tarde, a partir de la Constitución de 1859, es decir, a partir del momento en que, según se ha señalado acá, se podría afirmar que el derecho fundamental en estudio encontró su plena autonomía, aparece como criterio de selección de las acciones susceptibles a ser sometidas a arbitraje, el que las “diferencias” lo sean

en “materia civil”, tesis que prevaleció hasta la entrada en vigencia del actual artículo 43 constitucional, norma que vino a ajustar la expresión, como producto de la redacción propuesta en el Proyecto que se pretendió tomar como base de discusión inicialmente.

En efecto, en la propuesta inicial, se hizo alusión por vez primera en la historia constitucional costarricense, a la expresión “diferencias patrimoniales”, para caracterizar aquellas susceptibles de ser sometidas a arbitraje, tesis que luego acogió la Asamblea Constituyente de 1949.

Con esta expresión, es claro, se buscó delimitar lo que se ha venido a denominar, las materias objeto de arbitraje y que normalmente han sido referidas a una variable diversa a la elegida por el Constituyente costarricense, a saber, la disponibilidad de la materia y no tanto su carácter patrimonial.

De hecho, en la doctrina que se ha referido al tema, se ha estimado que la índole patrimonial de la diferencia, como criterio para determinar lo arbitrable o no arbitrable, “*resulta superada en la actualidad*” (Gaspar Lera, 1998. p.109).

Según explica la autora, se trató del criterio defendido en el medio español por Jaime Guasp para determinar lo arbitrable de lo no arbitrable, si bien esa postura se ha visto superada “*...pues desde el momento en que cabe disponer de los derechos extrapatrimoniales, en principio también debe admitirse respecto de los mismos la institución arbitral*” (p.109).

Quizá sea esa la explicación de que el legislador ordinario haya optado, mediante la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y de la Paz Social (No. 7727), por señalar que los medios de solución no judicial de los conflictos, estaban a disposición de los ciudadanos, para aquellas “(...) *diferencias patrimoniales de naturaleza disponible*” (art.2 in fine).

Cabe cuestionarse, a esta altura del estudio, qué debe entenderse por patrimonio?

El concepto de patrimonialidad, es un concepto típicamente jurídico, aunque con claras expresiones económicas y contables.

Así, para la Doctrina clásica del Derecho Civil (Mazeaud & Mazeaud, 1976), puede entenderse que *“El conjunto de los derechos y las obligaciones de una persona se integra en su patrimonio. El patrimonio es lo que contiene esos derechos y obligaciones”* (p.426).

Usualmente, se ha relacionado al patrimonio con lo puramente pecuniario, posición que deriva de la doctrina clásica francesa del Derecho Civil. Así para Planiol (1915), el patrimonio es aquél *“... conjunto de derechos y obligaciones de una persona, estimables en dinero”* (p.647).

Esto implica, a los efectos de la temática de este estudio, que conforme a la Constitución, “toda persona” podrá someter válidamente a arbitraje, aquellas disputas cuya pretensión no esté en posibilidad de comprometer derechos u obligaciones no estimables en dinero.

Ahora bien, cabe plantear, en ese sentido, múltiples cautelas.

Como bien señala Montero Aroca (2004), para determinar lo arbitrable y lo no arbitrable, no es útil formular listados de “materias” no arbitrables y otras que sí lo son, como algunos suelen hacer precipitadamente.

Lo pertinente, en ese sentido, es determinar el contenido de la pretensión sometida a conocimiento de los árbitros o del árbitro. Como señala el citado autor,  
... el elemento a tener en cuenta para saber lo que puede someterse a arbitraje es la petición como bien o consecuencia jurídica, la pretensión, integrada por la petición y la causa de pedir, determina el objeto del

arbitraje, y lo distingue de otros posibles, fijando el ámbito sobre el que se producirá cosa juzgada (p.116).

De este modo, en una lectura precipitada del artículo 43 podría considerarse como una controversia no arbitrable, una referida a derechos de la personalidad, por no tener carácter patrimonial. Sin embargo, siguiendo el planteamiento de Montero Aroca, tal conclusión podría ser falaz, dado que, según sea lo pretendido en juicio, la disputa podría ser arbitrable.

En efecto, de no seguirse ese criterio, podría llegarse al absurdo de entender constitucionalmente prohibido resolver en la vía arbitral, sobre el *quantum* de la indemnización que, por daño a alguno de los derechos de la personalidad, - derecho extrapatrimonial, según la doctrina clásica- merece el particular con ocasión de conductas de un tercero.

Se estaría, en ese supuesto, como es claro, frente a una interpretación no sólo errada, sino constitucionalmente prohibida. No por tratarse de una controversia referida a un derecho “extrapatrimonial”, lesionado por una conducta de un tercero, esa discusión debe catalogarse *per se* como no arbitrable. Tómese en cuenta que la pretensión que podría debatirse en el ejemplo –más concretamente, el *petitum*- estaría referida a una indemnización por el daño padecido, tema claramente patrimonial y además disponible.

A ese respecto, parece oportuno referirse a la crítica que hicieron los hermanos Mazeaud (1976) a la teoría clásica del patrimonio, en cuanto lo restringe a los derechos puramente pecuniarios. Para los autores:

Numerosos derechos de la personalidad tienen por otra parte, influjo pecuniario; por ejemplo, el derecho a la filiación lleva consigo derecho a los alimentos, derechos de sucesión. Por otro lado, la lesión de esos derechos origina una acción de daños y perjuicios; se traduce, pues, en una suma de dinero (p. 444).

Aún más claro es el señalamiento de la doctrina alemana que refiere Rivero (2001b), en torno a la distinción entre daño patrimonial y daño extrapatrimonial.

Según señala el citado autor

Patrimonio (*Vermögen*), para el sistema jurídico alemán, es “la esencia de todos los bienes económicamente significativos y económicamente medibles a los que tiene derecho una persona”. Entran en este concepto no sólo el dinero, las cosas corporales, los derechos personales, reales y absolutos, en especial, los llamados derechos sobre cosas inmateriales (*Inmaterialgüterrechte*), sino también el progreso (*Fortkommen*), la integridad del cuerpo, la vida y la personalidad, el honor, el crédito comercial y la libertad económica, en la medida en que la lesión que en ellos se cause tenga una repercusión económica (p.102).

De este modo, lo central en la interpretación de la cláusula restrictiva que contiene el artículo 43 constitucional, es superar las reducidas concepciones de patrimonio y, en especial, la tesis equivocada de establecer listados de materias que, sólo aparentemente, resultan no arbitrables, en tanto no son patrimoniales.

Ha de procurarse, por ello, evitar caer en la tentación de enlistar materias no arbitrables, como suele suceder en los conflictos referidos a derechos de la personalidad o a potestades públicas.

Lo central en esto, es determinar qué pretenden las partes en el proceso arbitral y, según sea lo pretendido, determinar si se trata de materia arbitrable o no, total o parcialmente.

Baste finalmente señalar un error técnico jurídico en que ha incurrido el Constituyente y que habrá de superarse mediante interpretación.

Como bien señala Montero Aroca (2004),

1) La arbitrabilidad no puede referirse a « controversias » [para el caso del art. 43 constitucional costarricense, “diferencias”], pues hemos visto antes que el objeto del arbitraje (como el objeto del proceso) no es un conflicto o controversia sino una pretensión.

2) La libre disposición de los titulares no puede referirse a una « materia », pues las «materias» no son disponibles o indisponibles (...) no existen sectores en los que todo sea disponible y otros sectores en los que nada está sujeto a la libre disposición (...) (p.116).

Que sean esas, entonces, las líneas directivas que dirijan la interpretación de lo arbitrable y lo no arbitrable conforme a la Constitución.

## **2.- LOS LÍMITES DISPUESTOS POR EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO**

Sólo una lectura salida del contexto constitucional, podría llevar a considerar que el arbitraje no está, como los procesos judiciales, sujeto a las exigencias propias del debido proceso.

Con razón, Heyde ha entendido (1996), que “(...) *el proceso de arbitraje deberá observar las garantías procesales básicas del Estado de Derecho, en particular la expectativa de independencia e imparcialidad del juez y la salvaguardia del derecho a ser oído*”, lo cual hace pensar al autor, que, “*En este sentido -pero sólo en tal sentido- desempeñan los tribunales estatales, según § 1041 y § 1042 ZPO, una función de control complementaria en la protección de los derechos fundamentales*” (p.784).

Resaltan en la apreciación del Prof. Heyde dos distintos señalamientos: se mantiene vigente la exigencia de independencia e imparcialidad del juez (árbitro), por un lado, y por otro, la exigencia propia del debido proceso en su dimensión del derecho a ser oído.

La postura doctrinal coincide plenamente con lo indicado por la Sala Constitucional al respecto (Res. 2999-2005), la cual ha entendido que el árbitro o colegio arbitral, han de sujetar su actividad a los parámetros de imparcialidad e independencia y a las exigencias propias del debido proceso –en lo que al derecho de defensa se refiere–.

En efecto, se dice en la citada resolución, que

... el arbitraje debe realizarse conforme a un procedimiento que garantice a las partes al menos los siguientes derechos: a) un tribunal imparcial integrado por árbitros competentes; b) la posibilidad de las partes de impugnar las resoluciones; c) el derecho de solicitar la nulidad del laudo ante los tribunales comunes cuando no se respete la garantía constitucional del debido proceso; d) la garantía de ejecución del laudo para la parte vencedora.

Deja sentado el fallo, entonces, que en efecto, para lo que ahora interesa, en el proceso arbitral se debe garantizar las reglas del debido proceso, así como verificarse mediante un tribunal *“imparcial integrado por árbitros competentes”*.

Interesa resaltar en ese sentido, que la Sala Constitucional ha descartado que el arbitraje vulnere, *per se*, la garantía del Juez Natural de clara raigambre constitucional.

En efecto, en dos oportunidades el Alto Tribunal ha desechado argumentaciones formuladas por los recurrentes en esa línea (Res. No. 1422-1995; 4305-2002).

Como se sabe, la garantía del Juez Natural, al decir de la propia Sala (Res. No. 6701-93), pretende *“...asegurar la independencia e imparcialidad del tribunal evitando que sea creado o elegido, por alguna autoridad, una vez que el caso sucede en la realidad”*.

Pues bien, tal independencia e imparcialidad, según ha entendido la Sala, no se pone en entredicho al acudirse al arbitraje, *“porque ambas partes, voluntariamente, sometieron el asunto al conocimiento de los árbitros, en lugar de acudir a la jurisdicción ordinaria, decisión que no está vedada por la Constitución (artículo 43 de la Constitución Política)”* (Res. No. 1422-1995).

Y es que, a mi juicio, el legislador ordinario ha logrado asegurar al justiciable tales garantías.

En cuanto a la exigencia de independencia e imparcialidad, la Ley No. 7727 se encargó de introducir mecanismos idóneos para la designación de los árbitros (arts. 25; 26; 27 y 28), además de que se ha previsto la figura de la recusación (arts.31; 33 y 34), con lo cual se ha procurado asegurar su imparcialidad e independencia.

En lo que a las exigencias propias del debido proceso se refiere, basta con citar lo dispuesto por el artículo 39 de la Ley (No. 7727), para poder apreciar el manejo que se ha dado al tema:

**Artículo 39.- Libre Elección del Procedimiento**

Con sujeción a lo dispuesto en la presente ley, las partes podrán escoger libremente el procedimiento que regulará el proceso arbitral, siempre que ese procedimiento respete los principios del debido proceso, el derecho de defensa y el de contradicción. Mediante resolución fundada y en cualquier etapa del proceso, el tribunal podrá modificar o ajustar las normas sobre el procedimiento que hayan seleccionado las partes y que no se ajusten a los principios indicados, con el objeto de propiciar un equilibrio procesal entre las partes y la búsqueda de la verdad real.

A falta de acuerdo, el tribunal arbitral, con sujeción a la presente ley, deberá dirigir el arbitraje guiado por los principios de contradicción, oralidad, concentración e informalidad ...

Como puede verse, según la norma examinada, la libertad y autonomía de voluntad de los sujetos, base del arbitraje, se manifiesta concretamente en la capacidad de las partes de definir el procedimiento a que se ajustará el proceso arbitral, si bien, dicha libertad debe considerarse como límite, las exigencias propias del debido proceso constitucional.

La declaración no es, tan sólo, una manifestación romántica... Según establece el artículo 67 de la misma ley (No. 7727), una de las causales de nulidad del laudo, es precisamente, que “e) *Se haya violado el principio del debido proceso.*”

Para la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (Res. No. 000886-F-02), en efecto, la violación del debido proceso genera la nulidad del laudo, vista la clara raigambre constitucional de este Principio. Así, al respecto se ha señalado que:

VIII.- Evidentemente en este caso se está en presencia de la causal prevista por la Ley N° 7727, de violación al debido proceso. Esta es una garantía fundamental establecida en la Constitución Política prevista también como causal de nulidad del laudo, pues el principio del debido proceso constituye una exigencia básica, sin cumplimiento de la cual no puede existir ningún tipo de proceso válido. Además de que este principio comprende una serie de principios, también de orden constitucional, como el del derecho de defensa, del contradictorio, cuyo haz simplifica las condiciones básicas para la existencia de la justicia.

Se ha considerado, por ejemplo, que el hecho de que no se haya tenido como parte del proceso a la persona jurídica directamente afectada por el laudo (Res. No. 000886-F-2002), es motivo para anularlo.

Se trata, con todo, de una causal de nulidad del laudo que no cabe confundir con discrepancias en torno a su motivación o con respecto a la valoración de la prueba de parte del árbitro o colegio arbitral, tesis reiterada por la Sala Primera de la Corte en su jurisprudencia y que ha validado la Sala Constitucional (Res. No. 2999-2005).

Sin embargo, se ha venido presentando un peligroso giro en la jurisprudencia de la Sala Primera en ese tema. En efecto, ese Tribunal ha venido entendiendo que es causa suficiente para anular un laudo por violación del debido proceso, una manifiesta carencia de motivación del laudo arbitral (Res. No. 000943-F-2005). En concreto, se ha estimado lo siguiente:

IV.- De lo expuesto, no puede comprenderse, entonces, cómo el propio órgano arbitral, en el Resultando identificado como "D", afirme que cumplió con el debido proceso, cuando su violación es palmaria, al dejar indefensa a la sociedad demandada con un pronunciamiento de condena en esos términos. Precisamente, la estructura de este principio se asienta sobre el respeto de los derechos y garantías de las partes procesales, el acceso a la justicia, la defensa y el contradictorio. Todo ello, lleva a que la autoridad decisoria tenga que emitir razones convincentes para justificar su proceder, con vista en un análisis pormenorizado del caso concreto, de las afirmaciones que las partes hacen sobre los hechos constitutivos, modificativos o extintivos de los derechos que debaten, lo mismo que de las pruebas tendientes a acreditar esas afirmaciones. Con mayor razón, el pronunciamiento de fondo, enlazado con ese quehacer procesal, impone el deber ineludible de justificar la decisión adoptada. La violación de estos postulados, que aseguran la plena vigencia del referido principio, es contundente, dada la situación de incertidumbre e impotencia en que se dejó a la demandada. Su derecho de defensa se ha visto quebrantado, lo mismo que el principio de igualdad procesal, en tanto, sin explicación alguna, se le impone una condenatoria respecto a una serie de extremos, en virtud de un pronunciamiento carente de respaldo en aspectos de hecho y de derecho que permitan justificar su procedencia. El antecedente teórico que se hace en el laudo, materializado en una extensa alusión a muy diversos temas y a citas de doctrina y jurisprudencia, no empata con la situación vivencial a la que se han visto enfrentadas las partes, lo cual sí constituye el meollo del asunto puesto en conocimiento del Tribunal. El conflicto real que le fuera encomendado para su solución, quedó marginado, porque sin mayores razonamientos se ha accedido al acogimiento de algunas peticiones de la demanda, carente de toda motivación jurídica, echándose de menos una correcta referencia a pruebas concretas que puedan servirle de apoyo y fundamento.

El razonamiento seguido en este caso, llama a la reflexión. Si bien es cierto la motivación del laudo es una garantía que integra el debido proceso –Principio de interdicción de la arbitrariedad-, no debe perderse de vista que el control de legalidad que formula la Sala Primera mediante la *querrela nullitatis*, tiene límites precisos que impiden la valoración del fondo del asunto. Es decir, no se está frente a un recurso de apelación, sino más bien, frente a una evaluación casacional del laudo, que impide por ello a la Sala, introducirse en el examen del fondo del asunto.

Interesa reseñar, en ese sentido, el voto salvado de los Magistrados París y Solís, en el citado fallo:

**IV.-** Acorde con todo lo anterior, se concluye que el espíritu de la legislación sobre la materia, así como la doctrina y la propia jurisprudencia de la Sala, han sido contestes en señalar la importancia de limitar la intervención judicial en esta materia y en no convertir al recurso de nulidad en uno de apelación con examen del mérito del asunto. Así lo ha dicho de manera repetida la jurisprudencia de éste órgano: “ **XI.- Esta Sala, en forma reiterada, ha señalado que el recurso de nulidad contra los laudos se ha concebido para garantizar la correcta tramitación del proceso arbitral, no para lograr la cabal interpretación del Derecho . Se pretende satisfacer el debido proceso y la seguridad jurídica a través de la recta aplicación del procedimiento establecido. La Ley de Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, en su artículo 67, preceptúa las causales taxativas de nulidad procedentes contra el laudo. Conforme con esta disposición, con las excepciones específicas de los incisos d) y f), únicamente es posible aducir infracciones de índole procesal que atenten contra la validez del fallo arbitral. En relación, puede consultarse la sentencia de este Tribunal número 210 de las 15 hrs. del 9 de marzo del 2001. Ello conlleva el rechazo si sólo se alega violación a las normas de fondo, aún cuando se encuentren disfrazadas en una causal de forma ”** (Resolución de la Sala Primera número 346-03 de las 11:05 horas del 18 de junio de 2003; la negrilla no es del original). En criterio del voto de minoría, no se está en el presente caso ante la ausencia total de motivación, situación en la cual sí procedería

la nulidad del laudo, sino frente a una fundamentación insuficiente e inadecuada, la cual, por sí, no permite su anulación en esta vía. Por ello, debe desestimarse este agravio. De igual manera no es de recibo el reproche que hace el recurrente contra el fallo, por considerar que éste viola normas de orden público, toda vez que esta protesta la refiere nuevamente a la violación del debido proceso por falta de motivación del pronunciamiento, aspecto que está vedado de ser conocido por esta vía. Como consecuencia de todo lo anterior, debe declararse sin lugar el recurso.

Que no sirva la aludida causal, entonces, como mecanismo para entrar a controlar el fondo del asunto, desnaturalizándose el recurso de nulidad previsto en la legislación de la materia.

### **3.- EL ORDEN PÚBLICO COMO LÍMITE AL EJERCICIO DEL DERECHO DE LIBERTAD QUE ENVUELVE EL ARBITRAJE**

Tratándose de un derecho de libertad, como se ha visto, el derecho de toda persona de ver resueltas sus diferencias de carácter patrimonial por medio de árbitros, aún habiendo litigio, se encuentra limitado por el orden público, tal y como lo establece el artículo 28 constitucional.

En general, para la Sala Constitucional el orden público actúa como factor justificante de las limitaciones de los derechos fundamentales (Res. No. 879-1998).

Se ha estimado también, que el orden público, por así autorizarlo el citado artículo 28 constitucional, representa el sustento necesario para que el legislador ordinario regule las acciones privadas que lo puedan dañar (Res. No. 7044-1996).

Cabe destacar, sin embargo, que para la propia Sala la cláusula del orden público, así como los restantes factores justificantes de limitaciones a los derechos de libertad, *“...deben ser interpretados y aplicados rigurosamente, sin licencias que permitan extenderlos más allá de su sentido específico”* (Res. No. 3550-1992).

Ahora bien, la dificultad que ofrece este instituto, es múltiple. Por un lado, se trata de un concepto jurídico indeterminado, según ha reconocido la propia Sala (Res. No. 1635-1990, entre otras). Por otra parte, se trata de un concepto utilizado por el Constituyente en un doble sentido en el articulado constitucional.

A ese respecto, la Sala Constitucional ha hecho suya la línea jurisprudencial que ya de por sí había definido la Corte Plena en calidad de contralora de constitucionalidad. Así queda de manifiesto, en el siguiente señalamiento de la Sala (1998-00108) :

En sesión extraordinaria del veintiséis de agosto de mil novecientos ochenta y dos, dijo la Corte Plena en su anterior rol de Tribunal Constitucional:

"El artículo 28 de la Constitución se refiere al "orden público" como uno de los motivos que excluye la posibilidad de que "las acciones privadas" puedan estar "fuera de la acción de la ley". La dificultad de un concepto de "orden público" proviene, en buena parte, de que la propia Constitución y las leyes usan esa expresión en un doble sentido. Así, en el artículo 12 constitucional se habla de la conservación y vigilancia del "orden público" por medio de las fuerzas de policía, regla que está en armonía con lo dispuesto en el artículo 140 incisos 6) y 16); se trata en estos casos, de medidas administrativas que se dictan en ejercicio de la llamada "función de policía", por medio de la cual se mantiene el orden y la paz dentro de la República; pero la acción del Estado no debe limitarse a ejercer la actividad de policía en la forma dicha. Hay mucho más en lo de "orden público", pues no bastaría la vigilancia puramente material si a la vez no se actúa en la órbita de las relaciones particulares, para combatir o eliminar las causas que producen o pueden producir desorden o injusticia, y eso lo logra el Estado a través de leyes de carácter intervencionista, inclusive haciéndolo en el ámbito de la contratación privada, por medio de normas que se sobreponen a la voluntad de las partes por motivos de "orden público" o que tratan de evitar, en lo posible, que una de ellas imponga "la ley del contrato". Puede decirse entonces que "orden público" es el conjunto de principios que, por una parte, atañen a la organización del Estado y a su funcionamiento, y, por otra, concurren a la protección de los derechos del ser humano y de los intereses de la comunidad, en un justo equilibrio para hacer posible la paz y el bienestar en la convivencia social...

Como se ha visto, el arbitraje tiene como sustento el Principio de libertad y de la autonomía de la voluntad, los cuales terminan concretándose en convenios tendientes a ver resuelta una determinada disputa, mediante árbitros.

Siendo esto así, la incidencia del orden público en esta materia, ha de tener como objetivo introducirse en la órbita de las relaciones particulares, "*...para combatir o eliminar las causas que producen o pueden producir desorden o injusticia*", todo

ello, "...a través de leyes de carácter intervencionista (...) por medio de normas que se sobreponen a la voluntad de las partes por motivos de "orden público" o que tratan de evitar, en lo posible, que una de ellas imponga "la ley del contrato" "

El arbitraje, según ha señalado la Sala Constitucional (Res. No. 2999-2005), "*Tiene sustento contractual porque depende del consentimiento de ambos contradictores, sin embargo, esa libertad tiene límites insuperables provenientes del orden público centrado en ciertas materias que devienen indisponibles para los interesados.*"

Visto este señalamiento, parece entonces claro que el acuerdo arbitral tiene como límite insuperable, la indisponibilidad para los justiciables de ciertas materias como las examinadas atrás.

Ahora bien, el orden público representa, también, un límite para los árbitros. Es causal de nulidad del laudo arbitral, resolver "... *en contra de normas imperativas o de orden público*" (Ley No. 7727, art. 67 inciso f) ).

Se trata, sin embargo, de un aspecto en el cual una voz muy autorizada (Oppetit, 1998) ha encontrado, más que una característica propia de la justicia privada, una coincidencia de ésta con la justicia togada.

En efecto, como enseña el citado autor:

...arbitre comme juge étatique dégagent, quoique dans des proportions variables, leur *ratio decidendi* de sources identiques, qu'il s'agisse de la loi, des usages, de l'équité ou des principes généraux du droit, et supportent à un titre égal l'obligation de se conformer à l'ordre public [tanto el árbitro como el juez estatal derivan, quizá en proporciones diversas, sus *ratio decidendi* de fuentes idénticas, sea que se trate de la ley, de los usos, de la equidad o de principios generales del Derecho, **y por igual, están sujetos a la obligación de ajustarse al orden público**] p.30.

Llama por ello la atención lo resuelto por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (Res. N° 000906-A-04), que estima imposible que un árbitro o colegio arbitral, aplique normas de orden público al momento de ejercer su competencia jurisdiccional de origen convencional.

En efecto, en su afanosa postura por cercenar el ámbito de lo arbitrable en el campo del Derecho público, la Sala Primera decidió declarar la incompetencia del colegio arbitral conformado para conocer de una disputa referida a un contrato administrativo, al estimar que el colegio arbitral designado, no podía interpretar o aplicar normativa de orden público, por tratarse de materia indisponible !

Textualmente, la parte dispositiva de la resolución, señaló:

**POR TANTO:** Se revoca la resolución apelada N° 008-04 de las 15 horas del 19 de agosto del 2004, y en su lugar se dispone que el Tribunal Arbitral **es incompetente para conocer de cualquier controversia surgida entre las partes con ocasión de la interpretación y aplicación de la normativa de orden público** que el CPT ha de crear para mantener o renovar la metodología de reajuste de tarifas que le liga en el contrato con la empresa Riteve SyC y mucho menos para crearla. En lo demás se confirma (se suple el resaltado).

Como puede verse, según el razonamiento de la Sala Primera en este caso concreto, no es admisible jurídicamente, que un tribunal arbitral resuelva con relación a la “...*interpretación y aplicación de la normativa de orden público*”.

Se trata, con todo, de una tesis que no es original. El Derecho comparado da cuenta de una tesis similar, sustentada en el caso francés, quizá el más emblemático, en lo dispuesto por el artículo 2060 del Code Civil, alrededor del cual se construyó todo un edificio jurisprudencial singularmente hostil a la arbitrabilidad de litigios referidos al orden público (Abdelgawad, 2001).

Sin embargo, esta tesis, producto de severas críticas doctrinales, empezó a presentar ciertas grietas a partir de la mitad del Siglo XX, al grado que se dio lugar a acoger la teoría de la arbitrabilidad relativa (Abdelgawad, 2001).

En efecto, a partir de la sentencia de la Corte de Apelación de París de 24 de noviembre de 1955, en el caso Soc.an. du Comptoir commercial André et Cie c/ Veuve Régard, se señaló:

... s'il est de principe que le compromis est interdit sur toute cause que met en jeu une disposition d'ordre public, cette règle ne signifie point ni n'a jamais signifié que tout litige relatif à une convention ou à une opération soumise, à certains égards, à une réglementation, présentant un caractère d'ordre public, se trouverait de ce seul fait et sans distinction soustrait à toute possibilité d'arbitrage [si es tesis de principio que el compromiso está prohibido en toda causa que ponga en juego una disposición de orden público, esto no significa, ni ha significado nunca que todo litigio relativo a una convención o a una operación sometida, por algún motivo, a una reglamentación que presenta carácter de orden público, se encuentra por ese solo hecho y sin distinción, sustraído de toda posibilidad de arbitraje].

Más tarde, la Corte de Apelación de Rennes llegó a establecer un nuevo derrotero en este campo, que es el que, a mi juicio, recogió la legislación costarricense, muy a pesar del señalamiento antes referido de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Para la Corte de Apelaciones de Rennes, lo pertinente para determinar la arbitrabilidad de un determinado conflicto, no estriba en la naturaleza de las normas aplicables en el caso, que podrían ser de orden público, sino en el objeto del litigio, es decir, siguiendo a Montero Aroca (2004), la pretensión formalizada en juicio.

En efecto, según se dijo por parte del citado Tribunal en la Sentencia del 26 de setiembre de 1984, « *le critère de détermination du pouvoir juridictionnel des arbitres se trouve dans l'objet du litige et non dans le caractère des règles que régissent sa solution* » [el criterio de definición del poder jurisdiccional de los árbitros se encuentra en el objeto del litigio y no en el carácter de las reglas que rigen su solución].

Como puede colegirse, a partir de este señero pronunciamiento, no cabe entender que una pretensión resulte inarbitrable, por la única razón de que involucre la aplicación o interpretación de normas de orden público, según entendió erradamente la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en el citado pronunciamiento, lo cual queda aún más claro si se toma en cuenta que, según se ha visto, el laudo arbitral es nulo, no si aplica o interpreta normas de orden público, sino más bien, si lo resuelto las contradice, con lo cual el legislador deja fuera de toda duda, la competencia del árbitro o del colegio arbitral para aplicar este tipo de normas.

La última fase evolutiva en este campo, al menos a nivel del Derecho comparado, es aquella que ve a los árbitros como garantes y no como una amenaza para las normas imperativas. En efecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia comparadas, lejos de cuestionar la capacidad de los árbitros de aplicar o interpretar normas de orden público, encuentran una clara obligación de que las consideren al momento de laudar. Se ve en ellos, un mecanismo de control capaz de imponer límites a la autonomía de la voluntad de quienes suscriben un acuerdo arbitral, al momento de elegir la normativa aplicable (Seraglini, 2001).

Todo indica que inclusive esta última vertiente, tiene clara cabida en la lógica en que el legislador ordinario involucró la actividad arbitral en el medio costarricense.

Si los laudos son nulos, en tanto se resuelva “*en contra de normas imperativas o de orden público*” al decir del artículo 67 inciso f) de la Ley No. 7727, es claro que los árbitros terminan de esa forma siendo garantes de su respeto y prevalencia, como también lo son los jueces estatales, en beneficio de los intereses superiores normalmente amparados por esta legislación.

Es preciso, por ello, evitar cercenar el derecho fundamental al arbitraje, a partir de consideraciones apresuradas que califican, de modo irreflexivo como no arbitrables, materias relacionados con normativa de orden público.

En suma, no es monopolio del Juez estatal interpretar y aplicar las normas de orden público. Tanto éste, como el árbitro, deben ajustar sus resoluciones a esta normativa.

#### **4.- LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

En una lectura inconexa del Derecho de la Constitución, podría entenderse que el arbitraje como instituto jurídico entra en clara confrontación con las reglas de administración de justicia y las garantías referidas a la tutela judicial efectiva.

Se trata, sin embargo, de un criterio erróneo. Lejos de darse entre el arbitraje y el sistema estatal de administración de justicia una confrontación, lo cierto es que, como lo ha señalado la doctrina (Chillón Medina & Merino Merchán 1991; Seraglini, 2001; Fernández Rozas, 2005), se produce entre un sistema y el otro, una relación de cooperación y complementariedad.

Aún más, como bien señala Fernández Rozas (2005), “...*todo el proceso arbitral se apoya firmemente en la propia actividad jurisdiccional del Estado, potencial en algunos casos (...) ineludible en otros*” (p.90).

Pues bien, dado que se examina ahora la limitación que impone al arbitraje el sistema estatal de administración de justicia previsto desde la propia Constitución, es preciso aludir a la actividad jurisdiccional de carácter “*ineludible*” a que se refiere el citado autor.

Como se explicó ya en el capítulo anterior, la jurisdicción tiene como elementos integrantes: la *notio* –facultad de conocer todos los asuntos sometidos a su competencia-; la *vocatio* –capacidad de hacer comparecer a las partes al proceso; el *iudicium* –la sentencia- y, finalmente, el ***imperium***, es decir, “... *la potestad de usar la fuerza pública para hacer efectivas las decisiones judiciales*” (Carlos, (1963), p. 538), el cual es una prerrogativa exorbitante del Derecho común, atribuida de forma monopólica a los tribunales estatales.

De este modo, al árbitro se atribuye, pacífica y universalmente, poderes de *iurisdictio*, no así, los referidos al *imperium*, reservados al juez estatal, en vista del monopolio del Estado de hacer uso legítimo de la fuerza (Jarrosson, 1987; Barona Vilar, 1999).

En suma, al decir de Satta (citado por Di Bartolomeo, 1996), “*esclusiva dello Stato non è la decisione della controversia in sé ma la tutela coattiva del diritto*” (p.79).

De este modo, esa atribución monopólica se levanta como un claro límite a la garantía fundamental reconocida por el artículo 43 constitucional, límite que cabe derivar del propio Derecho de la Constitución. A ese respecto se dice con razón (Pardo Iranzo, 2004), que

(...) la autonomía de la voluntad no permite la atribución de la ejecución también a los árbitros –la autonomía de la voluntad comprende el *conocer*, el *juzgar* pero no el *hacer ejecutar* lo juzgado-. El uso de la fuerza inherente a todo proceso de ejecución (el *imperium*) es monopolio exclusivo de Estado –ejercida a través de los órganos jurisdiccionales (vid. art. 117.3 CE)- en cuanto titular de la potestad derivada de la soberanía.

Y es que en efecto, cabe entender que por razones de soberanía, sólo el poder estatal, antecedido directa o indirectamente de la correspondiente legitimidad democrática, pueda adoptar medidas de carácter ejecutivo que, esas sí, pueden llegar a comportar una injerencia mayúscula en el ámbito privado de los destinatarios de los efectos del laudo arbitral.

Es decir, la tarea declarativa del árbitro o colegio arbitral, por sí mismo, no comporta una injerencia material en los espacios intangibles de libertad de los ciudadanos. Sin embargo, la ejecución forzosa y material de esas declaraciones, si podría llegar a desbordar tales límites, lo cual hace exigible la intervención de

autoridades estatales a las cuales se ha atribuido tal poder soberano de forma exclusiva y excluyente.

En el marco constitucional costarricense, conforme al artículo 153 constitucional *in fine*, corresponde al Poder Judicial, “... *ejecutar las resoluciones que pronuncie, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario*”.

Desde esta perspectiva, parece claro entender que corresponderá de forma exclusiva a este Poder de la República, ya no sólo ejecutar las resoluciones – firmes- que pronuncia, sino en una lectura contextual de la norma, también aquellas que los árbitros adopten, en tanto la legislación ordinaria les ha dado efecto de cosa juzgada material al amparo del artículo 43 constitucional.

De esta forma, podría entenderse que el monopolio de la fuerza que posee el Estado por medio del Poder Judicial, representa un límite al ejercicio del derecho fundamental al arbitraje, en tanto impide a las partes atribuir al árbitro o colegio arbitral, la potestad de ejecutar el laudo arbitral, una vez firme.

En ese sentido, la autonomía de la voluntad de las partes se ve restringida mediante disposiciones constitucionales y legales que atribuyen a la jurisdicción estatal, la competencia de hacer ejecutar forzosamente los laudos arbitrales, con exclusión de la jurisdicción arbitral.

Como lo ha explicado Artavia (2000), de conformidad con lo establecido por los artículos 12, 630 inciso 2) del Código Procesal Civil (Ley No. 7130) y 172 párrafo 2 de la Ley Orgánica de Poder Judicial (No. 7333), corresponde a las autoridades judiciales y solo a éstas, ejecutar los fallos arbitrales firmes y definitivos, acudiendo, de ser necesario, a la fuerza pública.

En efecto, según dispone el artículo 172 párrafo 2 de la Ley No. 7333,

Artículo 172.-

Los árbitros recabarán datos o auxilios de cualquier autoridad, por medio del juez al que haya correspondido conocer del asunto.

Corresponderá también al juez ejecutar las resoluciones y providencias legalmente dictadas por los árbitros. (Así reformado por el artículo 6º de la Ley de Reorganización Judicial No. 7728 de 15 de diciembre de 1997)

Tal exclusividad, sin embargo, debe verse, como toda limitación a la libertad, de modo restrictivo (Principio pro libertate), de forma tal que se obligue a acudir a la autoridad judicial, sólo en casos de excepción y con el correspondiente sustento constitucional.

De hecho, modernamente se menciona que el arbitraje debe regularse por parte del legislador ordinario, considerando el Principio de intervención judicial mínima (Barona Vilar & Espugles Mota, 2004), normativamente recogido, por ejemplo, por el artículo 5 de la Ley Modelo de Arbitraje de la UNCITRAL, que dispone:

Artículo 5.-

Alcance de la intervención del tribunal.

En los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta Ley así lo disponga.

La legislación costarricense, si bien con relación al anterior régimen, dio pasos agigantados en la procura de una mayor autonomía al régimen arbitral vis a vis el modelo estatal de justicia, quizá producto de una lectura ampliativa del monopolio estatal del poder de *imperium*, no logró consolidar el Principio de intervención judicial mínima, al menos en tanto reservó al juez estatal, ya no sólo la competencia de ejecutar los laudos arbitrales, conocer de conflictos de competencia y de los recursos de nulidad, sino además, la de adoptar en el curso del proceso arbitral, medidas cautelares.

La fórmula, sin embargo, parece excesiva y contraproducente. En efecto, conforme al artículo 52 de la Ley No. 7727, tanto las partes como el propio árbitro o tribunal arbitral, pueden solicitar “...a la autoridad judicial competente”, medidas cautelares en tanto se adopta el laudo arbitral.

Es decir, se ha negado al árbitro o colegio arbitral la capacidad jurídica para adoptar medidas cautelares, reservándose tal competencia al juez estatal.

El resultado, en la práctica, ha sido que la tardanza en la resolución de las peticiones cautelares por parte de los órganos judiciales es tal, que los procesos arbitrales llegan a su fin, sin que se haya resuelto la medida cautelar solicitada a la justicia togada.

Esto ha hecho que en otros medios, como el español, se haya optado por atribuir al árbitro o colegio arbitral que conoce del proceso, la competencia para adoptar las medidas cautelares, acogiéndose de esa forma, lo que Barona Vilar (2004b) denomina “*la concepción moderna de la tutela cautelar en el arbitraje*” y que, según señala, ha sido impulsada por la UNCITRAL.

Siguiendo a la citada autora, este moderno modelo cautelar arbitral, se rige por tres novedosas reglas:

- \_ se reconoce a los árbitros la potestad de adoptar medidas cautelares;
- \_ en caso de requerirse una ejecución forzosa de la medida, corresponderá a los jueces estatales intervenir con su fuerza coactiva;
- \_ la atribución de esa competencia a los árbitros, no excluye la de la justicia estatal, de modo que la potestad arbitral y la judicial son alternativas.

Interesa, por todo ello, evaluar en una futura reforma integral del modelo de solución alterna de conflictos, la inclusión de un régimen como el examinado,

siendo que el actual impone un límite irrazonable al modelo arbitral, sin base constitucional para ello.

### ***5.- LA LEGALIDAD: ¿PARÁMETRO INTANGIBLE EN EL CASO DE LOS ARBITRAJES DE DERECHO PÚBLICO?***

Resta examinar, en lo que a los límites al derecho individual previsto en el artículo 43 constitucional se refiere, el imperante en los arbitrajes en materia de Derecho administrativo.

El límite cabe derivarlo de dos precedentes de la Sala Constitucional (Res. No.1027-1990 & 1696-1992) que, si bien sin sistematizar el tema con amplitud y solvencia, al fin y al cabo señalan dos distintas consecuencias de la sujeción de las administraciones públicas al Principio de Legalidad, en lo que al arbitraje se refiere.

La primera exigencia constitucional que cabe hacer imperar en este campo, según la Sala, se refiere a que, para ser legítimo un arbitraje en que intervenga una administración pública, ésta habrá de contar con una previa autorización legal, aún así sea de tipo genérico.

Es decir, dado que el arbitraje posee un carácter contractual y que las administraciones públicas carecen de autonomía en su voluntad, para poder convenir -acuerdo transaccional- la solución arbitral de una disputa, habrán de contar con el correspondiente sustento legal que les atribuya la competencia para alcanzar tales acuerdos.

Interesa, a ese respecto, citar lo dicho por la Sala en la Res. No. 1027-1990 en ese punto en concreto:

e) Tampoco parece constitucionalmente chocante la inclusión de una cláusula de compromiso arbitral que en el caso del deudor - Instituto Costarricense de Electricidad-, en defecto de su Ley Orgánica le está autorizada por las normas generales del Código Procesal Civil (arts. 507 ss.) y, en el del garante, el Estado de Costa Rica tan sólo requiere de una expresa autorización legislativa, si se trata de materias de Derecho Público, o de la Contraloría General de la República, si de Derecho Privado (art. 27.3 Ley General de la Administración Pública) sin que exista ninguna restricción para que el arbitraje deba ser solamente de "árbitros de derecho" o "juris" y no pueda serlo, también, de "arbitradores" o árbitros de equidad", como los denomina actualmente el Código Procesal Civil (arts. 522 y 524), en el cual, además, se reitera que "el Estado, sus instituciones y las municipalidades podrán también someter a la decisión de árbitros o de peritos, conforme con (sic) los trámites de este capítulo, previa autorización de la Asamblea Legislativa o del Poder Ejecutivo, según corresponda, las pretensiones patrimoniales en que figuren como partes interesadas" (art. 508); todo lo cual además no hace más que extender al llamado "sector público" el sano principio constitucional, consagrado para los particulares como un derecho fundamental, conforme al cual "toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente" (art. 43 Const. Pol.).

Como se ve, según el fallo, la regularidad constitucional de un convenio arbitral que involucre a una administración pública, está directamente relacionada con la existencia de una autorización legislativa, todo ello como producto del Principio de legalidad previsto en el artículo 11 constitucional.

En ese mismo sentido, se ha pronunciado parte de la doctrina. En el medio español, Rosa Moreno (1998) se estimó que "...como la Administración no goza de genérica autonomía de su *voluntas* –más bien lo contrario-, y como se halla

sometida al principio de legalidad, será, en todo caso, la ley la que fije el contenido de esa facultad negociadora que permita concluir en el arbitraje...” (p.78).

En Francia, Richer (1997) ha señalado que “Dans tous les cas, en droit public, l’arbitrage n’est possible que sur la base d’un texte législatif, comme en droit américain. Normalement, ce texte ne fait qu’habiliter l’autorité compétente à conclure une convention d’arbitrage » (p.5).

Más sugestiva es la postura de Cassese (1996) sobre ese tema, postura que comparto en un todo. Como bien señala tan autorizada voz, esta exigencia es una muestra más de los “molti pseudo problemi” (p.313) que acechan al arbitraje en el Derecho público.

Como lo explica el autor

Il ricorso all’arbitrato, nei conflitti di cui sia parte la pubblica amministrazione, è stato negato, in primo luogo, in base al principio di legalità. Quest’ultimo, tuttavia, è stato invocato erroneamente. Da un lato, infatti, il principio di legalità non è violato, perché l’arbitrato di legalità è previsto dall’art. 806 ss. Del codice di procedura civile. Il principio di legalità è dunque, soddisfatto dalle stesse norme del codice. La pubblica amministrazione non ha bisogno di un’autorizzazione legislativa *ad hoc*. Se c’è la legge, la pubblica amministrazione può utilizzare le potestà riconosciute dal codice a tutti i soggetti. Ciò comporterebbe una diminuzione della capacità del soggetto pubblico rispetto ai privati.

Dall’altro, il principio di legalità ha un ambito ben più ristretto di quello che normalmente è ad esso attribuito. Esso si applica solo all’amministrazione autoritativa (e neppure a tutta), non a quella che agisce nelle forme del diritto privato e in forma pattizia (comme nell’arbitrato, che non è concesso dalla pubblica amministrazione, la quale, invece, vi si sottopone in base all’accordo. Opera come principio di predeterminazione dei principi e criteri generali dell’azione amministrativa (e, quindi, è soddisfatto anche se l’azione amministrativa è preceduta da norme non legislative) (pp.313-314).

Ahora bien, el segundo límite establecido por la Sala –aunque como se verá, la tesis contradice lo dicho en el fallo de reciente cita-, se refiere al hecho de que la intervención de una administración pública en un arbitraje, exige que éste sea un arbitraje de Derecho, no así de Equidad.

La tesis se planteó, aunque no de forma clara, en la Res. No. 1696-1992, mediante el cual se resolvió una acción de inconstitucionalidad promovida por el Presidente Ejecutivo del Instituto de Desarrollo Agrario contra la parte segunda del artículo 368 y 521, párrafo segundo del Código de Trabajo.

Se indicó, en lo que interesa, en dicho fallo, lo siguiente:

“(…)

XI.- En opinión de la Sala, entonces, los artículos 191 y 192 de la Constitución Política, fundamentan la existencia, de principio, de un régimen de empleo regido por el Derecho Público, dentro del sector público, como ha quedado claro del debate en la Asamblea Nacional Constituyente y recoge incipientemente la Ley General de la Administración Pública. Este régimen de empleo público implica, necesariamente, consecuencias derivadas de la naturaleza de esa relación, con principios generales propios, ya no solamente distintos a los del derecho laboral (privado), sino muchas veces contrapuestos a éstos. Obviamente, la declaración contenida en esta sentencia abarca la relación de empleo que se da entre la administración (o mejor, administraciones) pública y sus servidores, más en aquellos sectores en que hay una regulación (racional) que remita a un régimen privado de empleo, la solución debe ser diferente. **En esos casos, se daría un sometimiento a los procedimientos de arbitraje, pero con ciertas limitaciones, tales como que en ellos no pueden dispensarse o excepcionarse leyes, reglamentos o directrices gubernamentales vigentes, por lo que incluso en estos casos no procederían decisiones (laudos) en conciencia, ni tribunales formados por sujetos no abogados.** Esta declaración se formula con base en las facultades legales que tiene la Sala y por considerarse indispensable para la correcta interpretación del conjunto de su decisión. Por innecesario, se omite pronunciamiento sobre otros aspectos alegados en la acción (...)

POR TANTO

1- Se declaran inconstitucionales los artículos 368 (parte segunda) y 497 a 535 del Código de Trabajo, por violación a los artículos 191 y 192 de la Constitución Política, respecto de las administraciones pública con régimen de empleo de naturaleza pública, cual es el caso del Instituto de Desarrollo Agrario.

2- Se declaran inconstitucionales los artículos 398 a 404 y 525 del Código de Trabajo (este último en cuanto contempla la posibilidad de un fallo en conciencia, no sujeto a las leyes, reglamentos y directrices gubernamentales), respecto de las administraciones públicas no sujetas legalmente a un régimen público de empleo. (...) –la negrita no es del original-

Luce obligado el comentario del párrafo resaltado. Lo ahí afirmado por la Sala, en cuanto a los límites del arbitraje en Derecho administrativo, no debe en modo alguno sobredimensionarse. De hecho, debe recalcar que, tal y como lo intenta demostrar esta investigación, lo señalado por la Sala aplica, en su correcto sentido, no sólo para el arbitraje en Derecho administrativo, sino también, para toda clase de arbitrajes, cuyos laudos habrán de respetar el Ordenamiento Jurídico, según se ha dicho.

Nótese que conforme a la LRAC, es causal de nulidad del laudo, el que “*se haya resuelto en contra de normas imperativas o de orden público*”, causal que aplica indistintamente de la naturaleza jurídica de las partes, es decir, sean éstas de Derecho Público o Privado.

Deja sentado además el fallo, que la naturaleza del arbitraje, por lo menos para el caso del empleo público, deberá ser de Derecho, es decir, no admite la Sala los arbitrajes de equidad.

La afirmación, sin embargo, deja de lado la posibilidad de que sea necesario, por la naturaleza de lo debatido, un arbitraje pericial, para el caso, por ejemplo, de la materia de pensiones.

También se deja de lado con lo resuelto, lo que la misma Sala había dicho en la Res. No. 1027-1990, es decir, que de existir la autorización legal para ello, no existe *"ninguna restricción para que el arbitraje deba ser solamente de "árbitros de derecho" o "juris" y no pueda serlo, también, de "arbitradores" o árbitros de equidad", como los denomina actualmente el Código Procesal Civil (arts. 522 y 524)"*.

Hay que decir que la tesis de que todo arbitraje en que intervenga un sujeto de Derecho público, ha de ser de Derecho, no es exclusiva de la Sala.

Abundante doctrina así lo señala, como también abundantes pronunciamientos de la Procuraduría General de la República y de la Contraloría General de la República, en todo lo cual se entrará en mayor detalle más adelante.

Baste por ahora señalar que esta exigencia puede ser considerada como un límite al ejercicio del derecho de libertad previsto en el artículo 43 constitucional, en tanto invalida la posibilidad de que el particular solucione conflictos con la administración pública, mediante arbitrajes de equidad.

## **II.- LA VOLUNTARIEDAD DEL INSTITUTO COMO EXIGENCIA**

Resta por examinar, seguidamente, la principal exigencia constitucional que impera en materia arbitral: la resolución arbitral de los conflictos sólo es válida, si ha sido voluntariamente dispuesta por las partes.

Para la mejor comprensión de esta temática, resulta de interés evaluar algunos precedentes del Derecho comparado en donde se ha estimado inconstitucional, el llamado arbitraje obligatorio o forzoso (1), para luego adentrarse en la evaluación de la postura del Tribunal constitucional costarricense en ese tema (2).

Ahora bien, antes de entrar a evaluar en detalle estas distintas perspectivas, interesa esclarecer ¿qué se entiende por arbitraje obligatorio?

En distintas coordenadas de tiempo y espacio, el legislador ordinario ha decidido que en ciertas materias, los conflictos se resuelvan de modo obligatorio mediante la vía arbitral, lo cual hace que se trate de un fenómeno jurídico que merece atención. Según reseña Jarrosson (1987), el arbitraje forzoso se conoce desde siempre, o casi siempre. Se les puede encontrar, dice el autor, desde Constantino, en la Ordenanza de Francisco II en 1560...

Según Di Bartolomeo (1996),

... l'arbitrato obligatorio sorge per virtù di un provvedimento o meglio di un atto legislativo, l'arbitrato volontario nasce per volontà delle parti (p.33).

En efecto, como lo explica Jarrosson (1987), el papel de la ley en el caso del arbitraje voluntario, como lo llama el autor, consiste en señalar a las partes que están en total libertad de recurrir al arbitraje, es decir, pone a su disposición el instituto. En contraste, en el caso del arbitraje forzoso, la ley lejos de poner a disposición de los justiciables el instituto, lo impone como único modo de solución de los conflictos.

Dado que según entiende con razón el mismo autor, la voluntariedad del arbitraje es un elemento esencial, cabe entonces excluir de esa noción aquellos "arbitrajes" que prescindan de ese vital elemento. La tesis la comparte Merino Merchán (2002), para quien los arbitrajes obligatorios "...al ser fozosos dejan de ser arbitrajes sin más", al grado que los denomina "pseudoarbitrajes".

## **1.- LA PROBLEMÁTICA DEL ARBITRAJE EX LEGE: PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO**

A lo largo de la investigación, se logró comprobar que tanto en el medio italiano como en el español, las respectivas Cortes de constitucionalidad se han pronunciado con relación al arbitraje obligatorio o *ex lege*.

De este modo, para enriquecer la perspectiva sobre el tema, antes de entrar a evaluar la doctrina de la Sala Constitucional costarricense en el tema, se ha estimado oportuno examinar los antecedentes de la Corte Costituzionale italiana (A) y los pronunciamientos del Tribunal Constitucional Español (B).

### **A.- La inconstitucionalidad del “*arbitrato obbligatorio*”**

Han sido múltiples los casos en que la Corte Costituzionale italiana se ha pronunciado con relación al arbitraje obligatorio.

Según reseña Di Bartolomeo (1996), en al menos cinco ocasiones, el tema ha sido evaluado por ese tribunal.

Se trata de las sentencias No. 35 del 2 de mayo de 1958; No. 62 del 22 de mayo de 1968; No. 127 del 14 de julio de 1977, calificada ésta como una sentencia histórica; No. 488 del 27 de diciembre de 1991 y No. 49 del 2 de febrero de 1994, resoluciones que en todos los casos, declararon la inconstitucionalidad de las normas legales impugnadas, al imponer la vía arbitral como la única a disposición de los justiciables en diversas materias.

Así, en el caso de la sentencia No. 35 del 2 de mayo de 1958, se estimó inconstitucional una norma legal (art. 8 della l.reg.siciliana 20 settembre 1957, n.

53), mediante la cual se disponía que todos los conflictos de la administración con su contratista, ya fuera durante la ejecución del contrato o a su término, que no se hubiesen resuelto en vía administrativa, sería resueltas por un “*collegio arbitrale*”.

Se adujo en este caso como vicios de constitucionalidad, además de una incompetencia de la autoridad regional para reglar esta materia, la violación del artículo 102 de la Constitución italiana, al haberse previsto un arbitraje obligatorio, contrario al Principio del Juez Natural previsto en la citada norma constitucional.

La Corte constitucional italiana estimó que en efecto, la norma resultaba inconstitucional, en tanto excluía la competencia de las autoridades judiciales para conocer de las controversias referidas en la norma. Se estimó, en síntesis, que tal disposición reñía con el derecho a la tutela judicial efectiva.

Mediante la Sentencia No. 62 del 22 de mayo de 1968, la misma Corte declaró ahora la inconstitucionalidad del art. 15, comma quarto, della l. 29 giugno 1939, n. 1497, relativa a las bellezas naturales. Se trataba de una norma según la cual, en caso de que no se aceptara la medida ablatoria dispuesta por el Ministro competente, el monto de la indemnización sería determinado por un “*collegio di tre periti, da nominarsi uno dal Ministro, l’altro dal trasgressore ed il terzo dal Tribunale*”.

Si bien se trataba de una disposición legal que se acercaba a la problemática del arbitraje forzoso, la inconstitucionalidad declarada, según señala Di Bartolomeo (1996), no se fundó en la ilegitimidad constitucional del arbitraje, sino en otras circunstancias.

El tercer pronunciamiento de la Corte italiana en la materia, es la sentencia No. 127 del 14 de julio de 1977, pronunciamiento que se califica como “sentenza

storica”, al establecer con minuciosidad todos los motivos de inconstitucionalidad de una norma que establezca un arbitraje obligatorio.

La norma impugnada fue el art. 25, primo comma, r.d. 29 giugno 1939, n. 1127. Según esta disposición, todas las controversias que surgieran entre “*datore e prestatore di lavoro in materia di brevetti per le invenzioni industriali*”, debían ser resueltas por un “*collegio arbitrale*”.

La inconstitucionalidad declarada por la Corte italiana se fundó, en lo fundamental, en el hecho de que se estimó contrario a la tutela judicial efectiva, que mediante una norma legal se impidiera el acceso a la justicia estatal.

Por otra parte, se estimó que tal denegación del acceso a la justicia estatal no se eludía, como se argumentó, en virtud del sometimiento del laudo al control de la justicia estatal. A ese respecto, se estimó que “*l’attività dell’arbitro non è fungibile con quella del giudice togato*”;

Otro de los aspectos evaluados en este fallo, es que no cabe asimilar un colegio arbitral como el regulado por la norma impugnada, con una jurisdicción especial, en los términos previstos en el artículo 102 de la Constitución italiana, norma según la cual, “*No pueden nombrarse jueces extraordinarios o especiales*”.

Para Jarrosson (1987) este último razonamiento resulta paradójico, al establecerse que el arbitraje forzoso es un verdadero arbitraje, aunque resulta constitucionalmente inválido. Es decir, de algún modo, al descartar la Corte que se trataba de una jurisdicción especial o de excepción, implícitamente reconoció el carácter arbitral del instituto, muy a pesar de que se trata de un arbitraje forzoso y por ello inconstitucional.

De este mismo pronunciamiento, Cassese (1996) resalta por su parte, lo que la propia Corte Costituzionale califica como “un principio generale, costituzionalmente garantito, dell’intero ordinamento”, es decir, que “le parti possono far decidere da arbitri le controversia tra loro insorte”.

Pero también rescata el mismo autor, un aspecto de vital interés para este estudio. Se trata del reconocimiento del señalado Tribunal –como también según Cassese de la Corte di cassazione-, de “l’ammissibilità dell’arbitrato nel diritto amministrativo, purchè questo sia fondato sulla libera scelta delle parti e, quindi, non costituisca un privilegio della pubblica amministrazione. L’arbitrato, dunque, deve essere predisposto, non disposto dalla legge (o, con altra terminologia, predeterminato, ma eventuale)” (p.319).

Otro caso referido a esta materia, fue el examinado mediante la sentencia No. 488 del 27 de diciembre de 1991, mediante el cual se declaró la inconstitucionalidad del artículo 21, secondo, terzo, cuarto comma, e 50, secondo comma del r.d.l. 30 dicembre 1923, n. 3267.

Las normas establecían, de nuevo, un arbitraje obligatorio para determinar el monto de la indemnización que correspondería a los propietarios de terrenos afectados por proyectos e instalaciones con fines hidrogeológicos.

En este caso, la Corte consideró que no resultaba posible que mediante una disposición legal se derogara el acceso a la justicia estatal, aún considerando “*che la previsione di un arbitrato da legge possa sicuramente accelerare il giudizio*”.

Se reiteró, en suma, la tesis de la sentencia No. 127 de 1977.

Finalmente, en la sentencia No. 49 del 2 de febrero de 1994, se declaró la inconstitucionalidad del art. 26, comma 7, del d.l. 7 maggio 1980, n. 153. En este

caso, la Corte reiteró su tesis de que el arbitraje solo puede tener como fuente creadora, la voluntad de las partes que de forma concordante, deciden sustraerse de la jurisdicción estatal, lo cual, según señala Di Bartolomeo (1996), se considera viable constitucionalmente, como *“modo di disporre, anche in senso negativo, de diritto d’azione previsto nell’art. 24, comma 1, cost.”* (p.48).

Como puede verse, la tesis de la Corte italiana de constitucionalidad en el tema, ha sido consistente. En todos los casos examinados, ha concurrido en la declaratoria de inconstitucionalidad de normas que establecían, al margen de la voluntad de las partes, arbitrajes obligatorios.

Es tal la consistencia de esta pauta jurisprudencial, que en una oportunidad, según refiere Di Bartolomeo (1996), un grupo de parlamentarios liderados por el Sen. Perlingieri, promovieron una reforma constitucional al artículo 102 de la Constitución italiana, con el objeto de introducir un nuevo párrafo en donde se prevé expresamente la posibilidad de establecer, mediante ley, arbitrajes obligatorios.

La gestión, sin embargo, no llegó a buen puerto, de modo que en el medio italiano, la regla sigue siendo la inconstitucionalidad del arbitraje obligatorio.

## **B.- La tesis del Tribunal Constitucional español en materia de arbitrajes obligatorios**

La temática del arbitraje obligatorio ha sido objeto de la atención del Tribunal español en menor cantidad de asuntos que en el caso de la Corte italiana, si bien puede deducirse una pauta jurisprudencial consistente en el tema.

En concreto, solo en dos ocasiones se ha pronunciado el Tribunal español a ese respecto. En una de ellas, lo fue mediante sentencia del pleno (STC 174/1995), mientras que en otra, lo fue por medio de una resolución de la Sala Primera del Tribunal (75/1996).

En el primero caso, se entró a conocer y resolver las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 2.112/91 y 2.368/95 planteadas por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos y el Juzgado de Primera Instancia núm. 36 de Barcelona, respectivamente, en relación con el párrafo primero del art. 38.2 de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres, por supuesta vulneración de los arts. 14, 24.1, 53.1 y 3 y 117.3 de la Constitución española.

La norma impugnada establecía, textualmente, lo siguiente:

«Siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500.000 pesetas, las partes, someterán al arbitraje de las Juntas cualquier conflicto que surja en relación con el cumplimiento del contrato, salvo pacto expreso en contrario».

En el auto de planteamiento de la Audiencia Provincial de Burgos se consideró que la norma vulneraba los arts. 24.1, 117.3 y 14 de la Constitución española, al estimarse, en cuanto al art. 24.1 C.E., que aunque la norma no impedía el acceso a la vía judicial, lo condicionaba a un pacto expreso, con lo cual se dejaba de considerar que el derecho a la tutela judicial efectiva no puede quedar condicionado a la obtención del acuerdo o consentimiento de la otra parte. En cuanto al art. 117.3 C.E., se alegó que la disposición impugnada entrañaba una

limitación a la potestad jurisdiccional atribuida de forma exclusiva a los Juzgados y Tribunales estatales y, finalmente, en cuanto al art. 14 C.E., se adujo su violación, porque el régimen diferenciado basado únicamente en la cuantía de la controversia carece de toda justificación.

Por su parte, el Juzgado de Primera Instancia núm. 36 de Barcelona también adujo la violación de los arts. 24.1 y 117.3 C.E. por iguales motivos, sin hacer referencia a quebrantos al art. 14 C.E., si bien agregó como alegato, la violación del art. 53.1 y 3 C.E., por estimarse que el precepto cuestionado, desconocía la vinculación de todos los poderes públicos a los derechos y libertades.

Al conocer por el fondo de la cuestión de inconstitucionalidad, el Tribunal resolvió en estos términos:

2. ... Así, pues, el precepto cuestionado establece un arbitraje, obligatorio en principio, para las controversias surgidas en relación con el contrato de transporte terrestre cuya cuantía no exceda de 500.000 pesetas. De acuerdo con el art. 11 de la Ley 36/1988, de Arbitraje, a la que expresamente se remite el apartado primero del art. 38 de la L.O.T.T., dos son los efectos del arbitraje regulado en el precepto que aquí se ha cuestionado: el efecto positivo, consistente en la obligación de las partes de estar y pasar por lo decidido en el laudo, y el efecto negativo -causante del planteamiento de estas cuestiones- de impedir a los Jueces y Tribunales conocer de los litigios sometidos a arbitraje. (...) En definitiva, el precepto de la L.O.T.T. cuya constitucionalidad se cuestiona viene a establecer un arbitraje obligatorio, con el correspondiente efecto de excluir la vía judicial, salvo que las partes contratantes hagan explícita su voluntad en contrario. Si no existe pacto en contrario, el convenio arbitral nace ex lege, y puede invocarse, llegado el caso, como excepción, tal y como prevén expresamente el art. 11 de la Ley de Arbitraje, su disposición adicional tercera. 1, y el art. 533 de la L.E.C., al que, precisamente, la Ley de Arbitraje añadió como nueva excepción la de la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje (apartado 8).

3. El derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce y consagra el art. 24 C.E. se refiere a una potestad del Estado atribuida al poder judicial consistente en la prestación de la actividad jurisdiccional por Jueces y Tribunales, es decir, como señala el ATC 701/1988, «por los órganos jurisdiccionales del Estado integrados en el Poder Judicial». Esta

actividad prestacional en que consiste el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, permite al legislador, como hemos declarado reiteradamente, su configuración y la determinación de los requisitos para acceder a ella, pero también hemos dicho que esa facultad legislativa no puede incidir en el contenido esencial de ese derecho, «imponiendo para su ejercicio -como declaramos en la STC 185/1987- obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que lo dificulten, sin que tal dificultad esté en algún modo justificada por el servicio a un fin constitucionalmente lícito». Del precepto cuestionado no puede decirse, ciertamente, que imponga un obstáculo arbitrario o caprichoso para acceder a la tutela judicial efectiva, pues responde, como destacan el Fiscal General y el Abogado del Estado, a la plausible finalidad de fomentar el arbitraje como medio idóneo para, descargando a los órganos judiciales del trabajo que sobre ellos pesa, obtener una mayor agilidad a la solución de las controversias de menor cuantía; pero al hacerlo de forma que no pueda eludirse más que a través de un convenio entre todos los interesados, establece un impedimento para el acceso a la tutela judicial contrario al derecho de todas las personas «a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos».

Mediante el arbitraje, como dice el art. 1 de la ley 36/1988, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a Derecho. Es, por tanto, el arbitraje un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes, como declaramos en nuestra STC 43/1988, y supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros. En ese sentido, tal y como ya hemos reiterado en varias ocasiones, el arbitraje se considera «un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)» (SSTC 15/1989, fundamento jurídico 9., y 62/1991, fundamento jurídico 5.). Desde este punto de vista tiene razón el Abogado del Estado cuando afirma que la institución arbitral es compatible con la Constitución. Pero la cuestión que tenemos planteada no es la de si el arbitraje, en términos generales, es o no compatible con la Constitución, que, sin duda, lo es, y así lo hemos reconocido en las Sentencias citadas por el Abogado del Estado y en otras muchas (SSTC 43/1988, 233/1988, y 288/1993). La cuestión que se nos plantea es si resulta conforme con la Constitución, concretamente con sus arts. 24.1 y 117.3 C.E. un precepto que establece un sistema de arbitraje institucional e imperativo, en virtud del cual el acceso a la jurisdicción queda condicionado al consentimiento expreso, formalizado en un pacto, de todas y cada una de las partes implicadas en una

controversia. El pacto expreso en contrario no elimina, pues, la obligatoriedad del arbitraje para la parte que no lo admita.

Es evidente que un sistema como el que se acaba de describir, que es el que consagra el art. 38.2, párrafo primero, de la L.O.T.T., resulta contrario, como ya hemos dicho, al derecho a la tutela judicial efectiva que tienen todas las personas para obtener de los Jueces y Tribunales la protección de sus derechos e intereses legítimos. Nada hay que objetar, desde el punto de vista constitucional, al hecho de que la L.O.T.T. haya atenuado las formalidades exigibles para realizar el convenio arbitral hasta el punto de haber sustituido la exigencia de dicho convenio por una presunción *ope legis* de su existencia cuando la controversia es de escasa cuantía (500.000 pesetas). La autonomía de la voluntad de las partes -de todas las partes- constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Por tanto, resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje de la Junta que es lo que hace en el párrafo primero del art. 38.2. La primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo. Quebranta, por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella. Esto es exactamente lo que hace el art. 38.2, párrafo primero, de la L.O.T.T., que, al exigir un pacto expreso para evitar el arbitraje y acceder a la vía judicial, está supeditando el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes al consentimiento de la otra, lo que, por las razones que han quedado expuestas, resulta contrario al art. 24.1 de la Constitución. No se opone a esta conclusión el posible control final por los órganos judiciales, a que aluden el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal con referencia al recurso de nulidad del laudo previsto en el art. 45 de la Ley de Arbitraje. La objeción, tendría consistencia si dicho control judicial no estuviera limitado -como lo está- a su aspecto meramente externo y no de fondo sobre la cuestión sometida al arbitraje; pero al estar tasadas las causas de revisión previstas en el citado art. 45, y limitarse éstas a las garantías formales sin poderse pronunciar el órgano judicial sobre el fondo del asunto, nos hallamos frente a un juicio externo (STC 43/1988 y Sentencias del Tribunal Supremo que en ella se citan) que, como tal, resulta insuficiente para entender que el control judicial así concebido cubre el derecho a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 C.E.(...)

**Fallo:**

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del art. 38.2, párrafo primero, de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres y, como consecuencia de dicha nulidad, la del inciso primero del párrafo segundo del mismo precepto en la que se dice: «en las controversias cuya cuantía exceda de 500.000 pesetas».

Como puede comprobarse, el razonamiento del Tribunal español podría asimilarse al seguido por la Corte italiana de constitucionalidad en cuanto destaca la voluntariedad del arbitraje, por un lado, y declara inconstitucional por violatorio de la tutela judicial efectiva, la norma que obliga a resolver por vía arbitral, una determinada controversia.

El precepto examinado por el Tribunal español establecía, sin duda, un arbitraje forzoso, de carácter institucional, de modo tal que el acceso a la jurisdicción quedaba condicionado al consentimiento expreso de cada una de las partes implicadas en una determinada controversia, lo cual se estimó contrario al derecho a la tutela judicial efectiva que permite obtener de los Jueces y Tribunales la protección de sus derechos e intereses legítimos.

Al margen de esta situación, interesa resaltar el hecho de que, indistintamente de que, a diferencia de la Constitución costarricense, la española no tiene una expresa previsión del arbitraje como garantía fundamental, el Tribunal estima que este instituto es claramente compatible con la Constitución, instituto que califica como un “equivalente jurisdiccional”.

El otro caso examinado por el Tribunal Constitucional español relativo a arbitraje forzoso, se conoció y resolvió mediante la Sentencia 75/1996 de 30 de abril, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional. En dicho fallo se señaló, en síntesis, lo siguiente:

2. Desde esta perspectiva, la demanda ha de ser estimada. En efecto, la Sentencia del Pleno de este Tribunal 174/1995 ha declarado la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del art. 38.2, párrafo primero

de la L.O.T.T. En ella, el Tribunal Constitucional se enfrentó al problema planteado, coincidente con el que aquí hemos de responder, acerca de «si resulta conforme a la Constitución, concretamente con sus arts 24.1 y 117.3 C.E., un precepto que establece un sistema de arbitraje institucional e imperativo, en virtud del cual el acceso a la jurisdicción queda condicionado al consentimiento expreso, formalizado en un pacto, de todas y cada una de las partes implicadas en una controversia» (fundamento jurídico 3.). Ante ello, se declaró que «la autonomía de la voluntad de las partes -de todas las partes- constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Por tanto resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje de la Junta que es lo que hace el párrafo primero del art. 38.2. La primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo. Quebranta, por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella» (fundamento jurídico 3.). Y esto, que está dicho preferentemente desde la perspectiva del demandante, es igualmente aplicable al demandado, en cuanto que, salvo que así lo haya aceptado voluntariamente, no se le puede impedir que sea precisamente un órgano judicial quien conozca de las pretensiones que formule en orden a su defensa, vulnerándose de otra manera su derecho a la tutela judicial efectiva.

Esta conclusión no se desvirtúa, por otra parte, por la posibilidad de un ulterior recurso de nulidad frente al Laudo, previsto en el art. 45 de la Ley de Arbitraje, que la parte intentó y fue desestimado por la Sentencia recurrida, pues, como también declaró la referida STC 174/1995, ese control excluye las cuestiones de fondo, ya que «al estar tasadas las causas de revisión previstas en el citado art. 45, y limitarse éstas a las garantías formales sin poderse pronunciar el órgano judicial sobre el fondo del asunto, nos hallamos frente a un juicio externo (STC 43/1988 y Sentencias del Tribunal Supremo que en ella se citan) que, como tal, resulta insuficiente para entender que el control judicial así concebido cubre el derecho a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 C.E.» (fundamento jurídico 3.).

Resulta, por tanto, que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante de amparo, en cuanto se le ha sometido a un procedimiento arbitral del que se derivó la exclusión del conocimiento del fondo del asunto por parte de los Tribunales ordinarios, sin que haya prestado previamente su consentimiento para ello.”

Como se puede apreciar, en el razonamiento del Tribunal gravita la consideración de que todo arbitraje debe ser el producto de la manifiesta y expresa voluntad de los justiciables envueltos en el proceso.

Imponer legislativamente la vía arbitral, en detrimento de la judicial estatal, quebranta el derecho a la tutela judicial efectiva, aún si el fallo arbitral puede ser combatido mediante una *querela nullitatis*, la cual típicamente limita los alcances de la competencia de la autoridad judicial que examina lo resuelto por el tribunal arbitral.

Es decir, al igual que lo consideró en su oportunidad la Corte Constitucional italiana, en este fallo se reitera la tesis del pleno del Tribunal español conforme a la cual, el quebranto a la tutela judicial efectiva se produce, indistintamente del hecho de que se admita un recurso de nulidad en contra del laudo ante jueces estatales.

Según se señaló en la STC 174/1995, se trata de un control que excluye las cuestiones de fondo, considerando que se hace una enumeración taxativa de las causales de nulidad, lo cual veda la posibilidad de que el órgano judicial se pronuncie sobre el fondo del asunto.

Se estima con razón, el recurso de nulidad se ha de calificar como un *“un juicio externo (STC 43/1988 y Sentencias del Tribunal Supremo que en ella se citan) que, como tal, resulta insuficiente para entender que el control judicial así concebido cubre el derecho a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 C.E.”*

En síntesis, de forma reiterada, las cortes europeas han calificado como inconstitucionales los arbitrajes *ex lege*, en tanto se considera que representan un negación del derecho a la tutela judicial efectiva.

## **2.- LA POSTURA DE LA SALA CONSTITUCIONAL CON RELACIÓN AL ARBITRAJE EX LEGE**

En materia de arbitraje forzoso, la doctrina de la Sala Constitucional resulta contrastante.

En efecto, luego de evaluar con detalle los pronunciamientos del Tribunal constitucional en esta materia, se evidenció, por un lado, que mientras en uno de sus pronunciamientos logró inclusive superar el enfoque de tribunales constitucionales europeos en esta materia (A), en otros más bien ha dado pasos en falso en este tema (B).

### **A.- La Res. No. 2307-1995: una interpretación conforme con la Constitución que potencia la eficacia del derecho fundamental al arbitraje**

Mediante la Res. No. 2307-95 de las dieciséis horas del nueve de mayo de mil novecientos noventa y cinco, la Sala Constitucional valoró lo establecido por el artículo 25 de la Ley No. 12 de 30 de octubre de 1924, reformado por la Ley No. 5279 de 27 de julio de 1973, lo cual sucedió también en la Res. No.4387-95 de las quince horas treinta y nueve minutos del ocho de agosto de mil novecientos noventa y cinco.

Para la mejor apreciación del caso, resulta de interés transcribir, con extensión, lo ahí considerado y fallado:

“(…)

I) El artículo 25 cuya constitucionalidad se cuestiona tiene su antecedente inmediato en la Ley número 12 del 30 de octubre de 1924. Posteriormente este artículo fue reformado por ley número 5279 de 27 de julio de 1973 y actualmente dispone lo siguiente:

"Artículo 25.- Toda cuestión de hecho o de derecho que surja entre el Instituto y el Asegurado relativa al contrato-póliza, será resuelta por juicio arbitral, excepto en lo que concierne al seguro de riesgos profesionales.

Solo los actos administrativos del Instituto sobre materias que no tengan ninguna vinculación con contratos de seguro, ni se refieran a cuestiones laborales, podrán deducirse en la jurisdicción Contenciosa Administrativa, si el interesado los impugna por ilegalidad o por haber sido dispuestos con desviación de poder, o si el Instituto los declara lesivos a los intereses públicos que representa."

II) El proceso de arbitraje es, dentro del marco de nuestra Constitución Política, una forma alternativa para la solución de conflictos patrimoniales que podría resultar para las partes más ágil. Como bien lo apunta la Procuraduría el arbitraje ha ido tomando gran auge en nuestros tiempos, especialmente en el campo del derecho internacional, y algunas legislaciones funciona, con éxito, la figura del arbitraje legal o forzoso. Ahora bien, sin ninguna duda, este proceso es, dentro del marco de nuestra Constitución Política, una forma alternativa para la solución de conflictos patrimoniales que ha sido prevista en tanto podría resultar para las partes más celera y ágil. Dispone el artículo 43 Constitucional:

"Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente"

De la simple lectura de la disposición anterior es posible concluir lo siguiente: a) La constitución garantiza una forma alternativa para la solución de conflictos de naturaleza patrimoniales. **b) Las partes pueden acudir al arbitraje de manera facultativa, y nunca forzosa, aún habiendo litigio pendiente.**

III) El artículo 25 de la ley 5279 obliga a las partes a acudir al procedimiento de arbitraje para solucionar todo diferendo que se presente en un contrato póliza que no sea de riesgos profesionales. Para la Sala esa disposición normativa, interpretada en su literalidad, no sólo excede la disposición 43 constitucional sino que, además, lesiona los numerales 43 y 153 de ese mismo cuerpo normativo ya que impide el acceso a los Tribunales de Justicia a quienes - en razón del monopolio de los seguros- se hayan visto obligados a

suscribir un contrato con el Instituto Nacional de Seguros.

IV) De la relación de los artículos 41 y 152 de la Constitución Política la Sala deriva el derecho de los habitantes del país de contar con la posibilidad de acudir ante los Tribunales de Justicia y obtener de ellos una sentencia "pronta y cumplida". Por otra parte del derecho de defensa en juicio, que reconoce el artículo 39 constitucional se deriva para todo tipo de procesos, y no solamente para el penal, el derecho genérico a la defensa en juicio de la persona y de sus derechos e intereses legítimos. La Doctrina del Derecho Constitucional Español ha reconocido como un derecho constitucional de las personas la "tutela efectiva de los jueces y Tribunales" en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Este derecho tiene una de sus manifestaciones en la prohibición que tiene el legislador para negar a las personas su acceso a los Tribunales de justicia. Cabe recordar que la Sala en la sentencia número 7006-94 de las 9:24 horas del 2 de diciembre de 1994 reconoció el derecho a la jurisdicción como un derecho fundamental. En similar sentido pueden consultarse la sentencia número 3095 de las 15,57 horas del 3 de agosto de 1994.

V) Por otra parte, en forma paralela al derecho que tienen los particulares de acudir a los Tribunales de Justicia a obtener un pronunciamiento "cumplido" es decir; correcto, útil, el constituyente previó en el artículo 43 "el derecho" de toda persona de acudir, desde luego, voluntariamente, al procedimiento arbitral para dilucidar sus diferencias patrimoniales. La utilización de esta vía alternativa supone un acuerdo de voluntades entre las partes. El Instituto Nacional de Seguros sugiere que al incorporarse al contrato-póliza una cláusula que establece que el arbitraje es el medio por el que se solucionarán los conflictos que se presenten en esos mismos contratos el aspecto obligatorio que se cuestiona se supera. Para la Sala esa tesis no es recibo habida cuenta de que la norma contractual lo que hace es reiterar la disposición 25 legal y además no se debe olvidar que estamos en presencia de un contrato tipo o de adhesión, con una institución aseguradora que tiene el monopolio de la actividad, de tal suerte que la facultad del asegurado para introducir aspectos de su interés o

voluntad en el contrato de seguros no existe. No resulta entonces admisible la tesis que defiende el Instituto Nacional de Seguros en el sentido de que la sola introducción de una cláusula compromisoria en el contrato de seguros la hace consensual. Ninguna duda existe de que la voluntad es el primer elemento constitutivo del acuerdo compromisorio y si no hay posibilidad alguna para el asegurado de manifestarla se produce un vicio de constitucionalidad de la norma y de la cláusula contractual que, aniquilando la voluntad de una de las partes, la reitera.

VI) Ahora bien, ya hemos indicado que el constituyente creó en el artículo 43 constitucional una forma alternativa para la solución de conflictos patrimoniales y que la misma puede resultar celera y ágil de ahí que la opción que prevé el artículo 25 de la ley 5279 pueda razonablemente ser utilizada por los interesados en la solución de sus conflictos patrimoniales con el Instituto asegurador sin que ello resulte inconstitucional en los términos que se dirán. La aplicación directa del Derecho de la Constitución obliga a la Sala a indicar que el artículo 25 de la ley 5279 -y la cláusulas contractuales que la reiteren- **sólo resulta constitucional en tanto se interprete que toda cuestión de hecho o de derecho que surja entre el Instituto y el Asegurado relativa al contrato póliza, será resuelta por juicio arbitral cuando así lo elija el asegurado. No se podrá impedir a ninguna persona en virtud de esta disposición normativa -ni de una cláusula contractual que la reiteren- el acceso a los tribunales de justicia para obtener tutela judicial efectiva.**

POR TANTO

Se evacua la consulta en el sentido de que el artículo 25 de la Ley No 5279 del 27 de julio de 1973 no es inconstitucional, si se interpreta que en toda cuestión de hecho o de derecho que surja entre el Instituto Nacional de Seguros y el Asegurado, el arbitraje es un medio alternativo para resolver la disputa, **si las partes lo pactan voluntaria y libremente.**” –la negrita no es del original-

Múltiples pueden ser los comentarios que se hagan en torno a este fallo.

El primero es que, como sucedió en los pronunciamientos antes citados de la Corte Costituzionale italiana y el Tribunal Constitucional español, en este de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia costarricense, también se estimó inconstitucional una norma que establecía la obligatoriedad del arbitraje, tal y como se ha visto.

El segundo se refiere a las razones que adujo la Sala para estimar tal inconstitucionalidad. Si bien la resolución no es muy clara al respecto, todo indica que privó en el Tribunal, fundamentalmente, una doble consideración: por un lado, se estimó que una norma como la impugnada, viola el derecho a la tutela judicial efectiva al impedir el acceso a la jurisdicción estatal, mientras que por otro lado, se consideró que el arbitraje tiene carácter estrictamente voluntario, de modo que no es viable que el legislador lo imponga.

Contrario a lo que podría pensarse, en la resolución en comentario no se menciona del todo, al menos de forma expresa, que la inconstitucionalidad de la norma reside, en especial, en que lesiona el contenido esencial del derecho fundamental regulado por el artículo 43 constitucional.

En efecto, como se comentará adelante, estimo que es ese el principal vicio de constitucionalidad de toda norma que introduzca el arbitraje obligatorio, considerando la especial condición del Derecho costarricense, insólita para algunos, de mantener como derecho fundamental, el acceso a la jurisdicción arbitral.

Al margen de esa omisión que se explica por la preponderancia de la justicia estatal en el marco de un Estado social de Derecho, quizá lo que resulta de mayor interés resaltar, es que a diferencia de las cortes de constitucionalidad española e italiana, la costarricense optó por evitar la desaparición de la norma impugnada, al

elegir más bien, la alternativa de su interpretación conforme al Derecho de la Constitución.

De este modo, se estimó constitucional la norma, **únicamente**, si se interpreta que es el asegurado quien decide, en última instancia, si elige la alternativa arbitral para resolver la disputa, decisión vinculante para su contraparte, sujeto de Derecho público.

Se trata, sin duda, de un ingenioso enfoque que contribuye a la eficacia del derecho fundamental de resolver por la vía arbitral los conflictos patrimoniales, derecho que ofrece al justiciable una vía alternativa, más célere y ágil, como el propio fallo señala.

Se trata, con todo, de una tesis que encuentra su amparo en la relevancia constitucional del arbitraje, si bien el fallo no lo indica expresamente.

La solución ha de responder, también, a la naturaleza asimétrica de la relación jurídica subyacente en que despliega sus efectos la norma cuestionada de constitucionalidad.

Es decir, parece claro que para la parte débil de esta relación, es decir, el asegurado, contar con la alternativa arbitral como modo de solución de los conflictos, representa una forma de paliar la asimetría de la relación, si bien no por ello es constitucionalmente posible que el legislador la imponga.

Ante esta disyuntiva, el fallo logra conciliar el interés de poner a disposición del asegurado el acceso a una alternativa de solución de conflictos célere y ágil, con las exigencias del Derecho de la Constitución.

Como se ha visto, la interpretación conforme con la Constitución que plantea la Sala Constitucional, permite evitar la desaparición del acceso del asegurado a la justicia arbitral. Aún más, indistintamente de la voluntad de su contraparte, sujeto de Derecho público, según la interpretación conforme, siempre que así decida el asegurado, tendrá la posibilidad de resolver los conflictos por esa vía.

Se solventa de este modo las exigencias del Derecho de la Constitución en una doble vía. Por un lado, en el caso del sujeto Derecho público –asegurador-, se mantiene la norma legal que le habilita para resolver las disputas mediante arbitraje, mientras que por otro lado, se elude el arbitraje *ex lege*, al disponerse que su obligatoriedad derivará de la manifestación de voluntad del asegurado, voluntad suficiente para vincular la del ente asegurador.

Como puede verse, la solución contribuye a la eficacia de la garantía fundamental en estudio, sin desnaturalizar su carácter de derecho de libertad, ni vaciar su contenido esencial.

### **B.- Tropiezos en la doctrina de la Sala Constitucional en materia del arbitraje obligatorio**

Con posterioridad al dictado de los dos fallos antes aludidos (Res. No. 2307-95 & No.4387-95), la Sala se ha pronunciado con relación al arbitraje obligatorio en otras oportunidades.

Cabe desprender de estos pronunciamientos, preocupantes evidencias de que priva en la Sala algún grado de incomprensión conceptual en este tema.

En primera instancia, interesa examinar un pronunciamiento en el cual se avala el arbitraje obligatorio, bajo ciertos supuestos, tesis que deja en evidencia, como se comentará, la incomprensión del contenido esencial de la garantía fundamental bajo examen (a).

Posteriormente, se hará alusión al pronunciamiento de la Sala contenido en la Res. No. 12405-2006, referido a la consulta de constitucionalidad planteada con ocasión del proyecto de “Reforma parcial de la Ley No. 7762 Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos”, expediente legislativo número 15.922, en donde lo que se deja en evidencia, es más bien una confusión entre lo que es el efecto positivo de todo acuerdo arbitral y el arbitraje obligatorio (b).

#### **a.- Arbitraje obligatorio y contenido esencial del derecho fundamental al arbitraje**

Mediante la Res. No. 10352-2000, se introdujo en la jurisprudencia de la Sala referida al arbitraje, una tesis que precisa ser comentada en detalle, al señalar la posibilidad constitucional de que el legislador determine para ciertos casos o materias, que la única vía para resolver conflictos es la arbitral.

Interesa extraer del señalado fallo, el siguiente texto:

III.- ¿ Es el arbitraje obligatorio o potestativo para las partes ?.- En criterio de la Sala, el hecho de que la propia Constitución Política elevara el arbitraje a rango de derecho fundamental (artículo 43), implica que es posible que el legislador ordinario pueda darle desarrollo a ese principio general; pero no puede derivarse de esta conclusión que las personas queden vinculadas de tal manera, que esa vía sea obligatoria para ellas, en sustitución de la jurisdiccional ordinaria. Frente a un proceso judicial, el particular interesado está obligado a concurrir, para que se haga realidad el valor justicia y el no hacerlo tiene como consecuencia, en su perjuicio, que se produzcan los efectos que la ley procesal ha previsto para el estado de rebeldía. El arbitraje, en cambio, es voluntario para la persona que libremente decide si se somete o no a las disposiciones de tal proceso. La jurisprudencia antes

transcrita, alude a presupuestos ligeramente distintos de este marco teórico y lo afirmado sobre la validez de una cláusula de un contrato de adhesión, en una actividad económica que está regulada con fundamento en la concepción de un monopolio estatal, le limita al ciudadano las posibilidades reales de acceso a la justicia ordinaria y por ello el sentido de la sentencia No. 2307-95. Separándonos, ahora de esas premisas, debe expresarse que en desarrollo del principio contenido en el artículo 43 y los efectos que produce un laudo arbitral, es legítimo que el legislador remita situaciones patrimoniales determinadas a la jurisdicción arbitral, sobre todo si se toma en cuenta que hacerlo, no provoca ningún estado de desventaja para los particulares interesados, puesto que desde el punto de vista del procedimiento, existen los medios adecuados para garantizar la igualdad de las partes, garantizar la objetividad del tribunal, el respeto a los principios procesales y la ejecutoriedad y la fuerza vinculante del laudo.

IV.- Naturaleza del arbitraje y principales rasgos .- Para la Sala la naturaleza del arbitraje es jurisdiccional, puesto que es un proceso que emana directamente de la Constitución Política, como un medio idóneo y alternativo para que las personas terminen sus diferencias patrimoniales, cuyas decisiones finales tienen las características y la misma fuerza de la cosa juzgada material, puesto que los laudos son obligatorios para las partes y ejecutorios por los medios procesales comunes e imperativos. Empece a lo ya dicho sobre la obligatoriedad o no del arbitraje, concretamente en el precedente que tenía que ver con la situación de monopolio de los seguros del Instituto Nacional de Seguros, la doctrina más generalizada apunta a que el arbitraje sea voluntario y convenido libremente por las partes, lo que la Sala comparte plenamente, pero eso sí, sin excluir la posibilidad de que el legislador, para materias y casos concretos o especiales, determine que es el único procedimiento de solución de las controversias que surjan entre las partes, siempre y cuando la decisión legislativa sea razonable, proporcionada a los fines que persigue y compatible con los principios y valores de la Constitución Política. Es común que el arbitraje se genere por una manifestación de la voluntad de las partes, consistente en incluir en el vínculo contractual, la norma que las compromete a someterse a tal procedimiento o las remite al mismo (cláusula compromisoria), que resulta, entonces, ser un acuerdo bilateral (contractual) en virtud del cual las partes se obligan a someter las cuestiones de índole patrimonial a la decisión de árbitros, lo que comprende que desde el punto de vista de la doctrina de las obligaciones, sea la manifestación de una voluntad libremente expresada (consentimiento).-

Como puede observarse, según este pronunciamiento y a diferencia del enfoque de las aludidas cortes de constitucionalidad europeas, no siempre un arbitraje forzoso es inconstitucional.

Para sustanciar esta tesis, por un lado, se estima que al elevarse el arbitraje a rango de derecho fundamental, queda abierta la posibilidad –en realidad es un **deber**- de que el legislador ordinario desarrolle el instituto, lo cual hace que sea “... *legítimo que el legislador remita situaciones patrimoniales determinadas a la jurisdicción arbitral...*”, posibilidad que para la Sala encuentra sustento en las garantías instrumentales propias del instituto.

En efecto, según se dice en el fallo, la voluntariedad del arbitraje no excluye “...*la posibilidad de que el legislador, para materias y casos concretos o especiales, determine que es el único procedimiento de solución de las controversias que surjan entre las partes, siempre y cuando la decisión legislativa sea razonable, proporcionada a los fines que persigue y compatible con los principios y valores de la Constitución Política*”.

En mi opinión, afloran al menos dos contradicciones en lo resuelto por la Sala.

La primera se refiere al hecho de que, mientras por un lado se subraya el carácter voluntario del instituto –indiscutible-, acto seguido se admite que con sujeción a un test de razonabilidad y proporcionalidad, cabe la posibilidad de que el legislador imponga como única vía para resolver determinados conflictos, la arbitral.

La segunda contradicción que cabe acotar, se refiere a que la apuntada posibilidad de imponer *ex lege* el arbitraje como único método de solución de conflictos, se hace depender en el fallo de que la respectiva disposición legal sea compatible con los principios y valores de la Constitución. Se trata, sin embargo, de una tarea de imposible consecución, desde que uno de tales principios consiste

en que el legislador ordinario no puede adentrarse en modo alguno, en el ámbito del contenido esencial de los derechos fundamentales.

Si como se señala en el fallo en comentario, lo que se está avalando es el hecho de que el legislador **imponga** el arbitraje como única forma de solución de determinados conflictos, al fin y al cabo, se está entendiendo posible que éste vacíe de contenido el apuntado “noyau dur” del derecho fundamental regulado por el artículo 43 constitucional.

Como se ha señalado, el contenido fundamental de esa garantía se relaciona con la alternativa de acción de someter/no someter a resolución arbitral un conflicto de contenido patrimonial, inclusive, si está en conocimiento judicial.

De admitirse que el legislador imponga al justiciable la arbitral, como la única vía admisible en determinadas materias, se estaría reduciendo dicha alternativa de acción de **no** someter tal disputa a la resolución arbitral.

Tal contradicción queda en evidencia, inclusive, al contrastar este pronunciamiento con la reiteradamente citada Res. No. 2999-2005 de la misma Sala, en la cual, si bien no se aborda la temática de modo central, al menos si se aporta una consideración refleja en torno a la problemática en comentario.

Como se ha visto, se dijo en ese fallo que *“A partir de su núcleo esencial queda suficientemente claro que ninguna persona puede ser obligada a renunciar a someter una controversia de interés a un tribunal arbitral **o compelido para ello.** puesto que, se trata de un derecho de libertad para elegir entre los distintos modos de solución de un diferendo patrimonial...”* –se suple el subrayado y el resaltado–

Queda en evidencia, entonces, que a diferencia de lo señalado en el Res. No. 10352-2000, en ésta se determina la inconstitucionalidad de toda aquella

disposición legal que imponga el arbitraje como única alternativa de solución de conflictos, desde que se incorpora dentro del contenido esencial del derecho regido por el artículo 43 constitucional, el derecho público subjetivo a no verse “*compelido*” a resolver una disputa únicamente por la vía arbitral.

Nótese, además, que aún así sea con sujeción a un test de razonabilidad y proporcionalidad, una disposición legal que imponga el arbitraje como única alternativa de solución de conflictos, quebranta el contenido esencial de la garantía prevista por el artículo 43 constitucional, por lo que resulta claramente inconstitucional.

Si se quiere, a lo sumo, el test de razonabilidad y proporcionalidad a que se alude en la Res. No. 10352-2000 a que quedaría sujeta una norma legal que disponga un arbitraje obligatorio, podría contribuir a superar la violación a la tutela judicial efectiva, no así a evitar el vaciamiento del contenido esencial del derecho fundamental al arbitraje.

Cabe reiterar, por todo ello, citando una resolución del Tribunal Constitucional español, que el arbitraje tiene en la libertad, “... su fundamento y motor....” ATC 259/1993, de 20 de julio, lo cual explica la insuperable inconstitucionalidad del arbitraje obligatorio.

#### **b.- Un nuevo y más preocupante tropiezo: la Res. No. 12405-2006**

Resta por evaluar el segundo y más grave tropiezo de la Sala Constitucional con relación al arbitraje obligatorio.

Se trata de la resolución mediante la cual (Res. No. 12405-2006) se resuelve la consulta de constitucionalidad planteada por un grupo de legisladores, con

relación a la reforma parcial de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos (No.7762).

A los efectos de este estudio, interesa centrar la atención en la reforma propuesta en el citado proyecto de ley, de los artículos 15 inciso b) y 35 de la referida norma legal.

En el primer caso, el texto propuesto era el siguiente:

Artículo 15.- Derechos

Son derechos de la administración concedente:

(...)

b) Acordar, respetando las reglas del debido proceso, el rescate de la concesión, cuando así lo impongan razones de interés público. En los casos de los incisos b), c) y d) del artículo 60.1, antes de entrar en posesión de la concesión rescatada, la administración concedente deberá indemnizar al concesionario, de conformidad con el artículo 63 y el contrato de concesión, por los daños y perjuicios causados, **cuya determinación cualquiera de las partes estará obligada a aceptar que se realice mediante la aplicación de la cláusula arbitral**, citada en el artículo 39 de esta Ley.

Por su parte, el texto propuesto para el caso del artículo 39 de la misma Ley, era el siguiente:

Artículo 39.- Resolución alterna de conflictos

En el contrato **podrán** fijarse cláusulas de resolución alterna de conflictos para resolver las controversias o diferencias producidas con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o surgidas de su ejecución. Estas cláusulas se regirán por la Ley No. 7727, de 9 de diciembre de 1997, y sus reformas, y en ellas podrán definirse las reglas que se seguirán en los procedimientos de resolución alterna de conflictos, o bien, podrá remitirse al instrumento en el que dichas reglas se encuentran, siempre y cuando se respete lo dispuesto por la legislación costarricense vigente en esta materia. **El establecimiento de la cláusula compromisoria en el contrato obliga a la administración y al concesionario a someter sus controversias a los procedimientos de resolución alterna de disputas,**

**establecidos en la Ley No. 7727.** No podrá someterse al procedimiento de resolución alterna de disputas el ejercicio de las potestades de imperio ni el ejercicio de los deberes públicos por parte de la administración, de conformidad con el artículo 66 de la Ley general de la Administración Pública; no así el derecho y el monto de la indemnización o del reajuste del equilibrio financiero del contrato, al que pueda tener derecho el concesionario como consecuencia de su ejercicio por parte de la administración. El arbitraje será necesariamente de derecho y, salvo las excepciones señaladas en esta Ley, solo se podrá hacer exigible la cláusula compromisoria, una vez que se haya agotado la vía administrativa.

Pues bien, planteada la consulta de constitucionalidad, la Sala adopta la Res. 12405-2006 que se comenta, generándose una compleja composición de la voluntad colegial de ese Tribunal.

En efecto, de forma mayoritaria, se declaró un vicio en el trámite parlamentario que cabe describir con este párrafo contenido en la propia resolución de comentario:

Del estudio del expediente legislativo se desprende que el proyecto de “Reforma Parcial de la Ley N° 7762 Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos” que se tramita en el expediente legislativo número 15.922, no fue consultado al Poder Judicial en ningún momento. En criterio de la Sala tal circunstancia sí resulta relevante cuando se parte del supuesto de que en el proyecto se está **estableciendo la figura del arbitraje obligatorio como un mecanismo impositivo de resolución de controversias.** Bajo esta perspectiva, el hecho de que las partes deban acudir a la figura del arbitraje, implica una variación de las competencias del Poder Judicial pues es claro que se estaría produciendo un desplazamiento –válido o no- de competencias de la jurisdicción contencioso administrativa hacia los tribunales arbitrales y ello afecta las competencias del Poder Judicial por lo que se debió consultar el proyecto, al no haberse hecho, el mismo resulta inconstitucional en cuanto al procedimiento. En ese sentido no se puede olvidar que aún cuando se trate de facultades legales las que podrían verse afectadas respecto del Poder Judicial, hubiera sido necesario que se efectuara la consulta a la Corte Suprema de Justicia para que ésta indicara si la propuesta era o no procedente, pues como se dijo, con ello se afecta directamente el ámbito de

competencia de los tribunales, desplazándola a procedimientos arbitrales –el resaltado y subrayado no consta en el original-

Como se resalta en la anterior transcripción parcial del fallo, para la mayoría de la Sala, los textos sustitutivos de los artículos 15 inciso b) y 39, regulan un arbitraje *ex lege*, consideración que les lleva a entender exigible la consulta al Poder Judicial durante el trámite parlamentario del proyecto de ley.

Dejando de lado si en realidad resulta o no exigible tal consulta, es preciso evaluar si las reformas sometidas al test de constitucionalidad, en realidad, disponían un arbitraje obligatorio como se afirma en la voto de mayoría que ahora se comenta y en el de minoría de la Magistrada Calzada y del Magistrado Araya, que incluso, entrando al fondo del asunto, califican las normas inconstitucionales por regular un arbitraje forzoso.

A ese respecto, lo primero que debe señalarse es que la reforma propuesta, además de ser innecesaria, como se comentará en el capítulo siguiente, evidencia serias deficiencias técnico-jurídicas, propias del desconocimiento que campea aún en el medio en materia arbitral.

Quizá fueron tales deficiencias, las que llevaron al error a la mayoría de la Sala, que vio en estas normas un arbitraje *ex lege*, cuando en realidad no se regulaba tal figura.

Efectivamente, ni en el caso del texto de reforma del inciso b) del artículo 15 de la Ley No. 7762, ni en el del artículo 39, se disponía un arbitraje obligatorio.

Si se estudia con detenimiento la primera norma, podrá comprobarse que lo que en realidad se disponía, es que de producirse el rescate de la concesión, el *quantum* de la indemnización por concepto de daños y perjuicios que de pleno derecho le corresponde reclamar al concesionario, debería ser establecido

mediante un arbitraje de Derecho, previa “... *aplicación de la cláusula arbitral, citada en el artículo 39 de esta Ley*”. Una regulación como esa dista de ser un arbitraje forzoso.

Cuando en la norma se señala que las partes estarán obligadas a aceptar que se realice la cuantificación de la indemnización, mediante “*la aplicación de la cláusula arbitral*”, no se establece un arbitraje *ex lege*, tan sólo se regula legalmente lo que se ha dado en llamar el efecto positivo de todo acuerdo arbitral, descrito por el Tribunal Constitucional español (STC 174/1995), como aquel “...*consistente en la obligación de las partes de estar y pasar por lo decidido en el laudo...*”, efecto legal en el cual no encontró vicio alguno de constitucionalidad, sino más bien, una clara compatibilidad de la Constitución española.

Efectivamente, también para la doctrina (Barona Vilar, 1999, entre muchos), el acuerdo arbitral ocasiona dos efectos, a saber: el **positivo**, que implica la obligación jurídica de las partes de someter a arbitraje las controversias que surjan entre sí y el **negativo**, que se refiere a la imposibilidad del Juez estatal de conocer de tal disputa.

A mayor abundamiento, es preciso hacer notar que para que opere tal obligatoriedad, la norma remite al artículo 39 de la misma ley, disposición que regula la posibilidad de que las partes incorporen en el contrato de concesión, una cláusula de solución alterna de los conflictos, no así un arbitraje obligatorio según se comenta de seguido.

Efectivamente, esta disposición, que igual que la anterior, muestra en su redacción graves deficiencias conceptuales y dogmáticas, en realidad solo procuraba insistir en la posibilidad legal de que la administración concedente, sujeta al Principio de legalidad y su contraparte, suscriban acuerdos arbitrales en el marco de un contrato de concesión de obra pública.

Es decir, lejos está de imponer, como única alternativa, esa vía de solución de conflictos. Tan sólo la pone a disposición de las partes para que acudan a la vía arbitral, lo cual permite recordar la apreciación de Jarrosson (1987) antes referida, en el sentido de que el papel de la ley en el caso del arbitraje voluntario, consiste en señalar a las partes que están en total libertad de recurrir al arbitraje, es decir, pone a su **disposición** el instituto, mientras que en el caso del arbitraje forzoso, lejos de poner a disposición de los justiciables el instituto, la ley lo **impone** como único modo de solución de los conflictos.

Basta con examinar detenidamente el texto de la reforma propuesta a esta norma, para encontrar que no evidencia regulaciones de carácter imperativo, sino más bien, potestativo. De hecho, *ab initio*, la norma señala que “*En el contrato podrán [que no deberán] fijarse cláusulas de resolución alterna de conflictos para resolver las controversias o diferencias...*”, es decir, la norma no impone esa única vía, tan sólo habilita a las partes para optar por ésta.

Se trata, en suma, al decir de Scoca (1989), de una norma “esortative”, no una norma que impone el arbitraje como la única hipótesis para la solución de controversias (citado por Caia, 1989, p. 185).

Debe recordarse que el contrato de concesión de obra pública está antecedido por un procedimiento de selección del concesionario –licitación pública- lo cual hace necesaria la redacción discrecional de un cartel por parte de la administración concedente, momento en el cual ésta decidirá si incluye o no la previsión de la cláusula compromisoria, que luego se integraría al texto del contrato, como ha sido la práctica.

En efecto, como lo ha considerado la propia Sala Constitucional (Res. No. 7261-1994), en un supuesto como el regulado por la norma en comentario, la

discrecionalidad, la conveniencia y la oportunidad, son los *“factores a considerar frente a una negociación específica, como por ejemplo, en los casos del arbitraje y la transacción...”* .

La norma propuesta, en modo alguno, vaciaba de contenido esa discrecionalidad de la administración, en tanto no existe ni por asomo, regulación alguna que imponga la vía arbitral como la única a disposición de las partes.

De esta forma, no es el legislador quien decide que las disputas sean resueltas mediante resolución alterna de conflictos, sino la propia administración concedente, que plasma su voluntad en ese sentido en el cartel de la licitación pública y luego en el contrato de concesión.

Por su parte, el concesionario manifiesta su voluntad de resolver las disputas mediante métodos extrajudiciales, al plantear su oferta y al momento de suscribir el contrato.

Es claro entonces, que lo que hace que las disputas puedan ser resueltas mediante arbitraje, es la voluntad de ambas partes, no una prescripción legal.

Lejos está entonces esta norma de regular la figura del arbitraje obligatorio o *ex lege*, como entendió la mayoría de la Sala erróneamente.

Queda superada toda duda al respecto, si se considera que la propia norma señala que es *“El establecimiento de la cláusula compromisoria en el contrato”* lo que *“...obliga a la administración y al concesionario a someter sus controversias a los procedimientos de resolución alterna de disputas, establecidos en la Ley No. 7727...”*. ¿Cómo entender entonces que se regulaba un arbitraje forzoso?

Como explica Jarrosson (1987), el carácter voluntario o convencional del arbitraje genera dos distintas consecuencias: son las partes las que pueden escoger los árbitros, sea directa o indirectamente, y sólo ellas pueden renunciar a la jurisdicción estatal.

En el caso del arbitraje forzoso, explica el mismo autor, desaparece por principio al menos la segunda consecuencia: “... *les parties doivent en vertu de la loi soumettre leur différend à l'arbitrage*” (p.13).

Por lo explicado hasta ahora, ese no es el caso de lo dispuesto por el texto de reforma al artículo 39 de la Ley de concesión de obra pública.

En el caso de esa propuesta de reforma, lo que hace obligatorio el arbitraje no es la norma legal en sí, sino como se ha visto, la suscripción **voluntaria** de las partes de una cláusula compromisoria que, como cualquiera otra de las cláusulas del contrato, resulta de obligado cumplimiento.

Así las cosas, cuando en la norma en estudio se dice que existe la obligación de las partes de resolver por la vía arbitral el conflicto, se está aludiendo al señalado efecto positivo del acuerdo arbitral, lo cual dista mucho de representar un arbitraje obligatorio, como lo estimó la mayoría de la Sala en la resolución que se comenta.

El señalamiento quizá obedece a que, como lo explica Artavia (2000), el efecto positivo del acuerdo arbitral, no está expresamente regulado por la Ley No. 7727, a diferencia de que lo sucede, según reseña el autor con razón, en el artículo II.1 de la Convención de Nueva York y en el derogado artículo 509 del Código Procesal Civil.

De este modo, es probable que el afán del legislador con esta reforma, más que regular un arbitraje forzoso, era ratificar legalmente el efecto positivo de todo

acuerdo arbitral, en vista de la incierta e implícita regulación que impera en la materia en la Ley No. 7727.

\*

\* \*

Una vez desarrollado el contenido de este capítulo cabe concluir lo siguiente:

Al inicio de la era revolucionaria del finales del Siglo XVIII, el arbitraje tuvo su “...*heure de gloire*” al reconocerse en él, un derecho fundamental de carácter liberal, lo cual permitió la introducción de la justicia arbitral en la estatal, sin romper el nexo entre las nociones de Justicia y Soberanía, al propiciarse una profunda unidad entre esas dos modalidades de justicia.

El derecho reconocido en las declaraciones de finales del Siglo XVIII, implicó el reconocimiento, para el ciudadano, de una facultad de hacer y una obligación del Estado de abstenerse de cualquier conducta que restringiera tal facultad.

La garantía fundamental a ver resueltos de modo definitivo los conflictos mediante el arbitraje que declara el artículo 43 de la CP, tiene como antecedentes mediatos y de naturaleza exógena, la Constitución girondina de 1791 -art.5- y la gaditana de 1812, arts. 280 y 281-.

Prácticamente durante toda la historia constitucional costarricense, el arbitraje ha tenido relevancia constitucional, siendo posible identificar dos etapas.

La primera etapa, que va de 1821 a 1847, hecha la excepción de los textos de 1824 y 1835, se caracteriza por el tratamiento del instituto, a partir de una concepción jurisdiccional del mismo, de modo que el árbitro asume la competencia estatal de resolver los conflictos, por delegación, lo cual explica que las regulaciones sobre el tema se incluyan en el apartado dedicado al Poder Judicial.

En la segunda fase, que inicia a partir de la Constitución de 1859 y se mantiene hasta la fecha, se consolida la autonomía del arbitraje y su carácter de garantía fundamental de libertad.

El derecho fundamental al arbitraje es una garantía típica, en tanto ha sido expresamente regulado por el Título IV de la Constitución Política, mediante el artículo 43 constitucional.

Se trata de un derecho fundamental de carácter civil, es decir, de defensa, que desde una dimensión estrictamente subjetiva, entraña un contenido negativo que se traduce en la prohibición jurídico-constitucional, de impedir/obligar a toda persona, a acudir a la vía arbitral para solucionar sus conflictos patrimoniales.

El artículo 43 constitucional, presenta una estructura principal y no de regla, de modo que:

- cabe considerarla como un principio jurídico constitucional, según la propia Sala Constitucional lo ha admitido;
- al aplicarse e interpretarse, el operador jurídico debe acudir a la técnica de la ponderación, de modo que se procure la máxima efectividad posible, considerando las circunstancias del caso, generándose así el Principio pro arbitraje.

El derecho fundamental regido por el artículo 43 constitucional, genera una relación jurídica de carácter triádico, como es el caso de toda libertad jurídica, conforme a la cual, **X** -todo justiciable- es libre, con respecto a **Y** –el Estado o cualquier sujeto en posición de poder- para hacer **Z** o no hacer **Z** -acción de

someter/no someter a resolución arbitral un conflicto de contenido patrimonial, inclusive, si está en conocimiento judicial-.

El núcleo intangible de la garantía fundamental que se estudia, está definido por el contenido de la alternativa de acción representada por Z.

Del derecho regulado por el artículo 43 constitucional, cabe derivar dos derechos de defensa:

- el derecho al no impedimento u obstaculización de la resolución arbitral de una disputa de carácter patrimonial, aún estando pendiente un litigio;
- el derecho a que el Estado no elimine la posibilidad jurídica de resolver las disputas por la vía arbitral o judicial.

La garantía contenida en el artículo 43 constitucional, comporta el derecho a acciones positivas del Estado, consistentes en lo siguiente:

- el desarrollo de normas de organización que distingan los distintos actores que intervienen en la justicia arbitral, incluyendo al Poder Judicial;
- siendo el derecho en examen, uno de los que califica como derecho dependiente del procedimiento, la aprobación de normas de procedimiento;
- y,
- normas de competencia, atributivas de poderes jurídicos para el árbitro, los centros autorizados y el Poder Judicial.

La garantía fundamental en comentario, está sujeta de límites intrínsecos y extrínsecos. Dentro de los primeros, se encuentra el carácter patrimonial de la

disputa, mientras que en el caso de los segundos, se encuentra el Principio de Debido Proceso, el Orden Público y las reglas de administración de la justicia.

Para el caso concreto del arbitraje que involucre administraciones públicas, surge como límite adicional, al menos para la Sala Constitucional, el Principio de Legalidad.

El arbitraje *ex lege* no resulta conforme con el Derecho de la Constitución, de modo que el legislador no podrá imponer como única alternativa de solución de conflictos, la arbitral, aunque si podrá sugerirla como la idónea.

## CAPITULO III

### ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA ARBITRAL, PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP Y ARBITRAJE

*“La búsqueda de puntos de referencia ciertos y estables, ya sean dogmas o constantes, clasificados y ordenados en construcciones simétricas, se está manifestando como una vía sin salida. La ciencia de Derecho administrativo está aprendiendo que otras «ramas» del saber que todo conocimiento es un conocimiento histórico; que el análisis de la realidad jurídica constriñe a cambiar continuamente los conceptos, por lo que éstos no tienen vida propia; que la clasificación, la identificación de semejanzas y la construcción de categorías y clases, aun siendo útiles, constituyen un estadio inferior de la reflexión; que dicha reflexión debe convertirse en contingente y dinámica...” Sabino Cassese*

#### SECCIÓN I.- ¿ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA ARBITRAL EN COSTA RICA?

Se ha estudiado atrás, la tesis referida a la actividad administrativa arbitral que, en la doctrina española, ha enarbolado Parada Vásquez mediante la cual se amplía la tradicional clasificación tripartita de la actividad administrativa que incluye la actividad de policía; la prestacional y la de fomento.

Mediante esta actividad, en lo fundamental, las administraciones públicas asumen la llamada por Parada Vásquez (1967) **función garantizadora** del Derecho, para la cual se les atribuyen potestades dirigidas a la solución de conflictos *inter privados*.

Se trata, de alguna forma, de una actividad atípica, en cuanto no encaja claramente en ninguna de las usuales manifestaciones del quehacer de las administraciones públicas antes aludidas.

A propósito de la señalada evolución que acusa el pensamiento de Parada Vásquez (1999) en el tema, el autor propone como definición de la **actividad administrativa arbitral**, aquella actividad que *“ejercita la potestad de decidir unilateralmente conflictos entre los administrados sobre derechos privados o derechos administrativos bajo el control de la jurisdicción contencioso administrativa o civil...”* (p.16)

Dicha actividad, como se ha explicado, termina manifestándose formalmente, en un **acto arbitral**, noción extraída del Derecho administrativo italiano que Nigro (citado por Parada Vásquez, 1991), define como aquellos *“...actos que expresan un juicio y cuya característica formal consiste en permitir un cierto proceso contradictorio entre la Administración y los sujetos interesados, o entre estos últimos entre sí”* (p.501).

Es preciso de seguido, una vez que se ha refrescado dicho referente conceptual, examinar el ordenamiento jurídico administrativo, a efecto de establecer si en el medio costarricense, es posible encontrar evidencias o vestigios de actividad administrativa arbitral, sea ésta a propósito del fenómeno de la agencification (2) o no (1).

## **I.- RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS *INTER PRIVATOS* POR PARTE DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

A propósito del estudio normativo realizado, la investigación ha generado hallazgos concretos.

Se trata, en lo fundamental, de que en el ordenamiento jurídico administrativo costarricense, se muestran evidencias de lo que podría calificarse como un actividad administrativa conciliatoria (A), en donde las administraciones públicas intervienen a efecto de lograr que dos partes en conflicto, lo resuelvan de modo autocompositivo, así como supuestos que podrían relacionarse con la actividad administrativa arbitral (B).

Sobre todo esto se entrará de seguido en detalle.

### ***1.- Actividad administrativa conciliatoria***

A propósito del estudio normativo realizado con el objeto de establecer la existencia o inexistencia de regulaciones referidas a la actividad administrativa arbitral, se logró hallar tres distintos ámbitos en los cuales el legislador y en un caso, el Poder Ejecutivo, han dispuesto normas con el propósito de atribuir a distintos órganos administrativos, potestades de solución de conflictos, ya no con connotaciones arbitrales, sino más bien de tipo conciliatorio.

Se trata de la materia laboral, de consumo y de minería, campos en los cuales, como se va a examinar de seguido, se han dispuesto mecanismos de conciliación administrativa, en los cuales diversas administraciones públicas intentan facilitar la resolución de conflictos *inter privados*.

La primera evidencia mostrada por la normativa examinada, se refiere a las disposiciones de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Previsión Social y sus reformas (No. 1860), que presenta una serie de disposiciones mediante las cuales se atribuye al Ministerio, claras funciones dirigidas a promover la solución autocompositiva de los conflictos laborales.

En lo fundamental, el instituto se encuentra regulado por los artículos 39 y 43 de la citada Ley.

El primero señala:

Artículo 39.- Esta Oficina [Oficina de Asuntos Gremiales y Conciliación Administrativa] tiene a su cargo las siguientes funciones:

(...)

b) Intervenir amigablemente en los conflictos de trabajo con el objeto de tratar de solucionarlos;

Por su parte, el artículo 43 dispone:

Artículo 43.- En los conflictos de trabajo que se presenten entre patronos y trabajadores, o entre éstos, podrá intervenir esta Oficina, a fin de prevenir su desarrollo o lograr la conciliación extrajudicial, si ya se hubieren suscitado, a requerimiento de cualquiera de las partes interesadas.

Para tal efecto, citará a una comparecencia en la cual oír a las partes en conflicto o bien a sus representantes con poderes legales suficientes, luego les propondrá medios de solución de acuerdo con las leyes de trabajo. De todo eso, en la misma comparecencia, se levantará un acta, que será firmada por los presentes. Si alguna de las partes no firma se dejará constancia de ello. En el caso de que los conflictos de trabajo sean individuales, también se levantará un acta cuando no comparezca alguna de las partes citadas (Este segundo párrafo fue así reformado por el artículo 5° de la Ley N° 7360, de 4 de noviembre de 1993.)

La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia se ha referido a los alcances de este instituto en diversas ocasiones. Se trata del caso, por ejemplo, de la Res. No. 0170-99 de las nueve horas cincuenta minutos del dieciocho de junio de mil

novecientos noventa y nueve, que fue un voto de mayoría, si bien posteriormente, la tesis se reiteró en la Res. No. 2003-00772 de las catorce horas cuarenta minutos del once de diciembre de dos mil tres, entre otras.

Del aludido fallo, es preciso destacar algunas consideraciones de interés para este estudio. La primera se refiere al por qué de esta actividad administrativa. Se dijo al respecto:

III.- ACERCA DE LA TRANSACCION Y DE LA CONCILIACION ADMINISTRATIVAS: (...) Específicamente, en nuestra legislación, el artículo 43 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social, establece que el acuerdo logrado entre las partes, ante esa otra instancia, tiene el carácter de una conciliación extrajudicial (...) El fundamento de este arreglo, acordado en aquella sede administrativa, deviene muchas veces, según BABACE, por la dificultad en lograr una sentencia en un tiempo muy corto; por lo que, esta forma de autocomposición de litigios, es muy usada, dado que extinguen rápidamente el conflicto entre las partes (ibid. cit. pág. 194).

En efecto, no cabe más que entender que la atribución de esta tarea a la administración pública, obedece a un afán de reducir el nivel de conflicto social, en un área especialmente sensible. Podría entenderse que se trata, como lo entiende con razón Barona Vilar (1999), de un instituto típico de un modelo de Estado benefactor.

Quizá la intervención de un órgano administrativo, concededor de la normativa laboral, pueda servir como vehículo idóneo para facilitar la solución de conflictos laborales, evitando que se deba acudir a la vía judicial para ello.

Se trata, sin embargo, vistos los términos de las normas antes referidas, de la atribución de una potestad que no genera la imposición de una determinada solución del conflicto, sino tan sólo, de una potestad que habilita a la administración pública, para proponer a las partes una salida.

Sin embargo, todo indica que la lectura que hace la Sala Segunda de esta normativa, es otra. Para ese Tribunal, el alcance de las potestades atribuidas al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, van más allá, al grado que entiende que éste asume un papel de asesor técnico del trabajador, en resguardo del principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales. Se dice al respecto, lo siguiente:

IV.- En cuanto a este punto [el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales], la autora de la obra citada, indica que la doctrina ha permitido siempre al trabajador poner término a la relación laboral, con fundamento en que, si él goza de libertad para contratar, también la posee para dar por finalizado ese vínculo; lo cual se encuentra relacionado con el principio de autonomía de la voluntad. Al respecto, se dice “<sup>1</sup>/<sub>4</sub>la extinción contractual libremente decidida o consentida por el trabajador no constituye, en principio, un acto de disposición vedado, pues precisamente, la misma normativa laboral reconoce su licitud <sup>1</sup>/<sub>4</sub> tanto así, que la jurisprudencia ha sustentado la atribución a los finiquitos de pleno valor liberatorio, puesto que los negocios formalizados en estos documentos no implican en ningún caso una renuncia prohibida de derechos <sup>2</sup>/<sub>4</sub> ( ibid. cit. pág. 30). Las principales reservas con respecto a los “finiquitos” o “arreglos laborales” -según la citada autora-, se presentan por la superioridad que, el empleador, ocupa en la relación laboral; lo que muchas veces permite el ejercicio de prácticas abusivas que colocan al trabajador en un verdadero estado de indefensión. Sin embargo, en nuestro criterio, tales circunstancias no se darían cuando el trabajador cuenta con la asesoría necesaria, en el momento de pactar este tipo de acuerdos. Al respecto, PLA RODRIGUEZ, señala que “...la existencia de la conciliación en cuanto constituye una reducción de los trámites procesales que integra la garantía del debido proceso, es admisible dentro de determinadas exigencias... La doctrina ya ha señalado justamente que una paradojas irreductibles - al menos el estado actual de los estudios laborales - que presenta esta disciplina, consiste en que estando informada por el principio de irrenunciabilidad, jerarquiza y promueve la conciliación...” (PLA RODRIGUEZ, Américo. Revista de Legislación de Trabajo. Pág. 194. Citado por BABACE, Héctor. Ibid. cit. pág. 195). Nuestro ordenamiento jurídico, en el caso de que las partes acudan ante el Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social, para tratar de solucionar sus conflictos laborales, le otorga la posibilidad y la seguridad al trabajador de ser asesorado por un funcionario de esa entidad; por lo que existe la garantía de que el arreglo que, surja de esas diligencias administrativas, será acorde con el ordenamiento laboral. En estos casos, no se puede negar que el trabajador goza de una asesoría

técnica y una protección institucional, que permite que sus derechos no sean violentados por la posición jerárquica del empleador; lo cual minimiza la eventual infracción a aquel principio de la irrenunciabilidad de los mismos –se aporta el resaltado-

Tal señalamiento comporta, a mi modo de ver las cosas, una confusión manifiesta en lo que corresponde hacer a un conciliador y lo que no le corresponde hacer. Peor aún, se atribuye a los funcionarios del Ministerio, potestades que la ley no les ha reconocido. En modo alguno es tarea del conciliador, asesorar técnicamente tan sólo a una de las partes, así se trate de la que se encuentra en una aparente situación objetiva de desigualdad.

La tarea del conciliador se debe reducir a ofrecer a los sujetos –ambas-, una solución al conflicto, la cual no podrá imponer (Hinojosa Segovia, 2006).

De ofrecer asesoría técnica tan sólo a uno de los involucrados, es claro que se estaría incumpliendo uno de los deberes de todo conciliador, es decir, “*Mantener la imparcialidad hacia todas las partes involucradas*”, según dispone el artículo 13 de la Ley No. 7727.

Según se ha entendido, corresponde al conciliador prestar asistencia a ambas partes, “...*en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas...*”, (Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional, 2002).

Esta tarea dista mucho de la labor de prestar “...*asesoría técnica y una protección institucional*” tan sólo al trabajador, como lo señala la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, de forma reiterada en sus pronunciamientos sobre el tema.

La labor de la administración pública, en realidad, debe limitarse a servir de facilitadora de la solución de estos conflictos, asesorando para ello a quienes se han visto envueltos en el conflicto, ofreciéndoles una solución que ha de ajustarse al Ordenamiento Jurídico, de modo que no se niegue nada a ninguna de las partes, ni se le reconozca nada que no le corresponda obtener.

Se trata, en suma, de una tarea que, al igual que en el caso de la actividad administrativa arbitral, han de imperar diversos principios jurídicos

En efecto, ha de hacerse imperar el **Principio de neutralidad** del órgano administrativo, de modo que ha de ser objetiva y escapar a toda manifestación de parcialidad en la tarea de asesorar a las partes para que llegue a una solución del conflicto. También resulta de clara aplicación, el apuntado **Principio de igualdad de oportunidades y medios de defensa**, el cual responde a exigencias propias de todo Estado de Derecho, así sea también un Estado Social de Derecho, de modo que habrá de asegurarse identidad de medios a las partes, para hacer valer sus derechos y pretensiones en el curso de esta procedimiento de negociación.

Finalmente, el mismo pronunciamiento se refiere al valor y naturaleza jurídica que se atribuye al acuerdo conciliatorio.

Para la Sala Segunda,

V.- ... A las conciliaciones celebradas ante el Ministerio de Trabajo se les debe reconocer plena validez, independientemente de la responsabilidad del funcionario que autoriza el acuerdo si se incurre en alguna violación a las leyes laborales la que, en todo caso, podrá ser exigida por las vías correspondientes, quebranto eventual que, de producirse, no tiene la virtud de afectar la validez ni la eficacia del arreglo. De lo contrario, el sistema de conciliación administrativa se tornaría en írrito e insostenible; ya que, si se reconociera la posibilidad de atacar esos acuerdos, por los motivos dichos, tales conciliaciones no cumplirían su finalidad, cual es, precisamente, ponerle fin a los conflictos, pues se estaría permitiendo su reapertura, en la sede judicial.

Cabe destacar que, de nuevo, la Sala incurre en este pronunciamiento en una imprecisión técnico jurídica. De conformidad con los términos en que se regula la conciliación administrativa en materia laboral, el Ministerio de Trabajo carece de potestades administrativas para “autorizar” el acuerdo, entiéndase, para homologarlo.

Si se examina en detalle la normativa, en ningún momento se establece la facultad del conciliador administrativo, de homologar lo acordado por las partes. De hecho, esa lectura es congruente con lo señalado por el artículo 9 de la Ley No. 7727, según el cual, los acuerdos extrajudiciales no han de ser homologados –como si lo son los intrajudiciales-, para ocasionar los efectos de cosa juzgada material que le asigna la misma norma.

De este modo, la responsabilidad administrativa que se asigna en el fallo al funcionario que “autoriza” el acuerdo, en caso de que éste no se ajuste al ordenamiento jurídico, no tendría sustento jurídico alguno, dado que se trata de la manifestación de voluntad de las partes, que no de la administración pública.

Ha correspondido a los órganos administrativos, facilitar una solución y serán los sujetos involucrados quienes la aceptarán o desecharán. No le corresponde a dichos órganos, porque la ley no atribuye ni explícita ni implícitamente esa competencia, homologar el acuerdo que alcancen.

Atendiendo estas circunstancias, cabe concluir que las atribuciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en esta materia, no pueden relacionarse con una actividad administrativa arbitral, en tanto no se habilita al Ministerio a adoptar, al decir de Nigro (citado por Parada Vásquez, 1991), “...actos que expresan un juicio y cuya característica formal consiste en permitir un cierto proceso contradictorio

*entre la Administración y los sujetos interesados, o entre estos últimos entre sí ”* (p.501).

A lo único que queda autorizada la Oficina de Asuntos Gremiales y Conciliación Administrativa, es a *“Intervenir amigablemente en los conflictos de trabajo con el objeto de tratar de solucionarlos”*, sin que esto haga que adquiera la potestad de resolver tales conflictos de modo heterocompositivo, ejerciendo la posición de un tercero supraordinado de las partes al que la ley o éstas últimas, han atribuido ese poder.

Otra materia en donde se muestran evidencias de una actividad administrativa conciliatoria, es la de consumo.

En efecto, la legislación de protección del consumidor, ha introducido regulaciones que atribuyen a la Comisión Nacional del Consumidor, por medio de su Unidad Técnica, potestades tendientes a facilitar la solución de conflictos entre un agente económico y el consumidor.

Al igual que en el caso del derecho laboral, a propósito de la teoría de las situaciones “objetivas” de desigualdad (véase la descripción y atinada crítica de la teoría en Rivero Sánchez, 1997), se ha estimado que *“toda persona, en el rol de consumidor, se hace acreedora, por ese solo hecho, a una específica tutela legal o judicial”* (p.137).

Bien podría entenderse, a mi juicio, que una de las manifestaciones de esa específica tutela legal al consumidor, se manifiesta en la atribución de potestades administrativas como la que se examina, de modo que se evite a aquél acudir a la vía judicial en defensa de sus derechos subjetivos.

En efecto, como lo entiende Guillén Caramés (2005),

La existencia de diversos procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos puede ofrecer en un principio toda una serie de posibilidades al consumidor para que éste puede elegir cuál de ellos le puede ser de mayor utilidad (p.391).

Pues bien, además de la referencia expresa al arbitraje, sobre lo cual se harán los respectivos comentarios más adelante, la legislación imperante en la materia, se refiere también a la conciliación entre el consumidor y el agente económico, promovida por la Comisión Nacional del Consumidor.

Efectivamente, según se establece en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, No. 7472, lo siguiente:

ARTÍCULO 55.- Conciliación.- Antes del inicio formal del procedimiento y cuando se trate de intereses puramente patrimoniales, la Unidad técnica de apoyo de la Comisión nacional del consumidor **debe** convocar a una audiencia de conciliación a las partes en conflicto. En casos extraordinarios y según se autorice en el Reglamento, las partes pueden realizar sus presentaciones por cualquier medio que lo permita. En la audiencia de conciliación, el funcionario de la Unidad técnica de apoyo de la Comisión nacional del consumidor **debe procurar avenir a las partes proponiéndoles un arreglo y sugiriéndoles la conveniencia de él.**

En el acta correspondiente, que deben firmar las partes y el funcionario, se debe dejar constancia de todo acuerdo al que lleguen. En el mismo acto, **el funcionario debe aprobar el arreglo, salvo cuando sea contrario a la ley.** Este arreglo tendrá la misma eficacia de la resolución de la Comisión para promover la competencia en los términos del artículo 61 de esta Ley, pero sin recurso ulterior.

De no lograrse un acuerdo durante la audiencia de conciliación o si las partes no se presentan a ella, se debe iniciar el procedimiento indicado en el artículo 53 de esta Ley (Así modificada su numeración por el artículo 80 de la ley N° 8343 de 27 de diciembre del 2002, Ley de Contingencia Fiscal, que lo pasó del 52 al 55).

Por su parte, en el Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (DE 25234), se dispone:

#### ARTÍCULO 66.- Conciliación

Siempre que la denuncia verse sobre aspectos puramente patrimoniales, y antes del inicio formal del procedimiento, **la Unidad Técnica deberá proceder a agotar las posibilidades de conciliación entre las partes**. Para ello se procurará contactar a la otra parte inmediatamente después de recibida la denuncia, ya sea telefónicamente o mediante apersonamiento en su domicilio o establecimiento. En casos extraordinarios, las partes podrán realizar sus presentaciones por cualquier medio escrito, incluido el telefacsimil (fax).

En la audiencia de conciliación, el funcionario de la Unidad Técnica debe procurar avenir a las partes proponiéndoles un arreglo y sugiriéndoles la conveniencia de él. De todo se dejará constancia mediante acta, firmada por el o los funcionarios de la Unidad Técnica.

Cuando medie arreglo, deberán firmar también las partes. La ausencia de firma lo invalidará.

En el mismo acto, el funcionario debe aprobar el arreglo, salvo cuando sea contrario a la ley. Este arreglo tendrá la misma eficacia de las resoluciones de la Comisión para Promover la Competencia y de la CNC, en los términos del artículo 61 de la Ley, pero sin recurso ulterior.

Ninguno de los funcionarios de la Unidad Técnica que participe en las gestiones de conciliación será luego recusable como integrante del órgano director del procedimiento, por el sólo hecho de haber actuado en esta etapa.

Se abre entonces una alternativa para el consumidor distinta de la puramente sancionadora administrativa, atribuida a la misma Comisión, así como de la judicial.

A diferencia de lo que sucede en el caso de la materia laboral recién evaluado, en ésta se plantean algunas precisiones de interés.

La primera consiste en describir, con mayor detalle, cuál es el papel de la administración pública en este procedimiento de conciliación, previo al sancionador administrativo.

Como se ha visto, se ha dispuesto por el legislador, que el conciliador *“debe procurar avenir a las partes proponiéndoles un arreglo y sugiriéndoles la conveniencia de él”*.

Se trata de una definición de potestades que luce adecuada. Como se ha señalado, el papel del conciliador no responde a la lógica heterocompositiva de solución de conflictos a que hiciera alusión Guasp. Se refiere más bien, a una intervención que procura facilitar la solución autocompositiva del conflicto, lo cual reduce el alcance de la conducta administrativa, a proponer un arreglo, no a imponerlo.

Con esto se excluye, de antemano, que a esta actividad administrativa pueda atribuírsele carácter arbitral, en los términos en que se ha visto se define esta última.

A diferencia de lo que sucede en la actividad administrativa arbitral, en este caso, no se genera un acto administrativo –resolución- que exprese un juicio de la administración pública.

El acuerdo, en realidad, responde a la lógica de la solución autocompositiva de los conflictos, es decir, se basa en la autonomía de la voluntad de las partes, no en la atribución de un poder supraordinado a un tercero, al que se debe sujeción.

Otra de las precisiones que vale la pena comentar, se refiere al hecho de que a diferencia de lo que sucede en materia laboral, en este caso sí se ha atribuido de forma expresa por parte del legislador, un poder de homologación del acuerdo a la administración pública.

En efecto, como se ha visto, la norma legal atribuye al funcionario el poder de *“...aprobar el arreglo, salvo cuando sea contrario a la ley”*.

Se trata, por los términos en que se regula tal potestad, de un control de legalidad de tipo casacional. Es decir, su tarea consiste en confrontar el contenido y efectos del acuerdo con el ordenamiento jurídico, de modo que establezca si se producen quebrantos o lesiones a aquel.

Es claro, sin embargo, que la hipótesis de que las partes alcancen un acuerdo lesivo al interés público o violatorio del ordenamiento jurídico, es poco probable, si se tiene en cuenta que el propio funcionario ha servido de mediador a lo largo de la fase de conciliación, pudiendo inclusive proponerlo a las partes.

*Mutatis mutandis*, resulta de aplicación en ese sentido, lo que la jurisprudencia del Consejo de Estado francés (Assemblée, 6 décembre 2002, Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haÿ-les-Roses et société CDI 2000) ha entendido que debe examinarse al homologar una transacción intraprocesal en lo contencioso administrativo. Para el Conseil d'Etat, el juez debe verificar, en lo que acá interesa, que:

- no existan vicios en la voluntad de las partes;
- el objeto del acuerdo sea lícito;
- no quebrante normas de orden público.

Parece claro, entonces, que la tarea del funcionario de la Comisión, consistirá en examinar el acuerdo y verificar su licitud, la ausencia de vicios en la voluntad de las partes y la inexistencia de quebrantos a las normas de orden público.

Cabe destacar que conforme al artículo 15 inciso b) de la Ley No. 7727, al estar homologado el acuerdo por parte de un funcionario de la Comisión, éste adquiere *ex lege*, carácter de documento público.

En efecto, según se dispone en la norma citada:

Artículo 15.- **Documentos públicos.**- Los documentos en los que consten los acuerdos logrados en procesos de mediación o conciliación se considerarán públicos, en los siguientes casos:

(...)

b) Si lo autorizare un mediador o conciliador de una oficina pública de Estado, como parte de las funciones que se le han asignado dentro de esa oficina o dependencia estatal (...).

Por último, es preciso hacer referencia a los mecanismos previstos por el legislador para hacer eficaces estos acuerdos.

Según se ha visto, para el legislador, el arreglo tendrá la misma eficacia de un acto final del procedimiento sancionador administrativo, con la diferencia de que carecerá de "*recurso ulterior*".

Para la Procuraduría General de la República (Dictamen C-098-97), esta prescripción legal comporta como efecto jurídico, lo siguiente:

Según lo referido en el anterior acápite, los acuerdos conciliatorios, al igual que las resoluciones finales de las Comisiones, son ejecutorios y su cumplimiento debe ser exigido por la Administración.

En razón de ello y una vez constatado dicho incumplimiento, la Comisión tiene el poder-deber de lograr la satisfacción de los intereses del consumidor "aún contra la voluntad o resistencia del obligado" (art. 146.1 de la Ley General de la Administración Pública), para lo cual deberá recurrir a los medios de ejecución administrativa que prevé el artículo 149 de la referida Ley General.

Como puede observarse, mediante el auxilio que brinda la propia Administración, el consumidor se asegura el cumplimiento del acuerdo conciliatorio homologado por la Comisión Nacional del Consumidor.

Además, teniendo dicho acuerdo la misma "eficacia" de sus resoluciones, su incumplimiento constituye "la comisión del delito previsto en el artículo 295 del Código Penal. En tales circunstancias, los citados órganos deben proceder a testimoniar piezas, con el propósito de sustentar la denuncia ante el Ministerio Público para los fines correspondientes" (art. 65 de la Ley nº 7472); lo anterior al menos cuando, constatada la situación por parte de la Comisión e instado el cumplimiento, éste no se produzca.

No es cierto, como erróneamente parece sugerir la asesoría legal del consultante, que la actuación de la Comisión necesariamente deba cesar con la homologación del acuerdo conciliatorio sin poder reaccionar frente a su incumplimiento. En realidad, es parte de las atribuciones propias de tal Comisión velar por la ejecución del acuerdo conciliatorio, como si se tratara de una de sus resoluciones, sin perjuicio de interponer también eventuales denuncias penales.

La intensidad de esta actividad, entonces, no se agota como puede verse, al momento de la homologación del acuerdo. Existe un deber jurídico de la Comisión, de hacer valer todo acuerdo conciliatorio, tal cual si fuese un acto administrativo final, circunstancia que amplía la *vis expansiva* del instituto, con claro beneficio para el consumidor.

Ahora bien, queda claro que estos instrumentos de intervención administrativa, no se ajustan a la definición dada de la actividad administrativa arbitral.

En efecto, no se trata en este caso de una actividad que implique, al decir de Parada Vásquez (1999), el ejercicio de "*la potestad de decidir unilateralmente conflictos entre los administrados sobre derechos privados o derechos administrativos bajo el control de la jurisdicción contencioso administrativa o civil*" (p.16).

Comporta más bien, la homologación de lo decidido por las partes y, en su caso, la ejecución forzosa de tal acuerdo, mas no la imposición de una solución en calidad de tercero supraordinado.

Finalmente, siempre en alusión a una actividad administrativa de naturaleza conciliatoria, interesa referirse brevemente a lo dispuesto por el Reglamento al Código de Minería (D.E. 29300), cuyo artículo 62 dispone:

Artículo 62.— **Conciliación.** En caso de oposición por parte del propietario del terreno a la constitución de la servidumbre, la DGM realizará una conciliación entre el interesado y el propietario del terreno a efecto de tratar de llegar a un acuerdo entre partes. De la conciliación celebrada se levantará acta que se anexará al expediente correspondiente. En todo caso, se aplicará el procedimiento de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos.

La disposición se incluye a propósito de las normas que regulan el procedimiento para imponer una servidumbre de paso que permita al concesionario la explotación de la concesión minera que le ha sido otorgada.

En vista de que se trata de una afectación al derecho de propiedad privada, estas medidas suelen generar conflictos entre el propietario y el concesionario.

Como mecanismo para agilizar la solución de estas disputas, según se ha visto, el Poder Ejecutivo ha creído oportuno introducir una alternativa autocompositiva, en la cual la Dirección de Geología y Minas asume las funciones de conciliador.

Según se ha visto, la norma señala que resulta aplicable en este procedimiento, las disposiciones de la Ley No. 7727, con lo cual, la administración minera queda regida por las disposiciones del Capítulo II referido a la Conciliación y Mediación (arts. 4 a 18).

Entre otras cosas, esta remisión normativa implica que de darse un acuerdo, éste deberá cumplir con los requisitos dispuestos por el artículo 12 de la Ley citada y que además, en los términos del artículo 9 *ibidem*, tendrá autoridad y eficacia de cosa juzgada, sin que para ello resulte exigible, como sucede en materia de consumo, la homologación por parte de la Dirección de Geología y Minas.

Bastará con que las partes lleguen a un acuerdo y lo suscriban conforme a las disposiciones del artículo 12 antes citado, para que éste genere dichos efectos jurídicos, según prescribe el citado artículo 9 de la Ley No. 7727.

Son también de aplicación en esta materia, los deberes del conciliador precisados en el artículo 13 de la Ley No. 7727.

Como en los anteriores ámbitos examinados, en éste tampoco cabe entender que se esté frente a una actividad administrativa arbitral. Tampoco la autoridad minera ve atribuida la potestad de resolver mediante una resolución unilateral, el conflicto *inter privatos*, aunque sí para ofrecer a los interesados un acuerdo que de fin al mismo.

## **2.- Actividad administrativa arbitral**

Como se ha visto, la actividad administrativa en la solución de conflictos *inter privados*, se ha enfocado en materia laboral, de consumo y minera, desde una perspectiva autocompositiva y no heterocompositiva.

Según se ha expuesto, se atribuye en esas materias, potestades administrativas consistentes en la facilitación de un acuerdo conciliatorio entre las partes, no así, en la imposición de una solución al conflicto en que se encuentran inmersas.

Distinto es el caso, sin embargo, de otras regulaciones detectadas por el estudio y que precisan por ello de una especial atención.

Efectivamente, en el Ordenamiento Jurídico administrativo existen disposiciones disgregadas de modo asistemático, que han atribuido verdaderos poderes arbitrales a diversas administraciones públicas, con el objeto de solucionar diferencias *inter privados* referidos a derechos de carácter civil.

En efecto, siguiendo a Huergo Lora (2000), en estos supuestos, se ha dispuesto por parte del legislador, atribuir a órganos administrativos, “*la condición de instituciones arbitrales*” (p.241), de modo que la función sólo se ejerce a petición de ambas partes, sin que pueda atribuirse a tal actuación, carácter público. Más bien, se trata de actividad sometida a la legislación común en materia de arbitraje.

La primera evidencia de una actividad semejante, se encontró en la Ley Orgánica del Servicio Consular (No. 46-A), cuyo artículo 41 señala:

### CAPITULO VIII

De los Cónsules como Agentes Judiciales

ARTICULO 41.- Las atribuciones judiciales de los Cónsules son:

(...)

Intervenir como árbitros en las desavenencias entre costarricenses

que sean sometidas a su fallo (...)

Se trata de una función consular, si se quiere, atípica. De hecho, no se encuentra dentro de las funciones consulares previstas en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, aprobada mediante Ley No. 3767 del tres de noviembre de mil novecientos sesenta y seis.

Esto hace que sea difícil encajarla dentro de las funciones típicas de los agentes consulares. En efecto, como según Podesta Costa & Ruda (1979), las funciones de los cónsules son de cuatro tipos:

... *a)* fomento de las relaciones, especialmente comerciales y económicas; *b)* supervisión de la navegación y la aeronavegación; *c)* protección del Estado que envía y de sus nacionales, y *d)* funciones notariales (p.620).

Como se puede ver, la solución arbitral de conflictos lejos está de calzar en alguna de esas funciones.

Ahora bien, para establecer a ciencia cierta si esta potestad puede ser considerada una manifestación de actividad administrativa arbitral, es preciso de antemano calificar jurídicamente a los cónsules. En ese sentido, según Díez de Velasco (1983), los Cónsules, son

Agentes oficiales que un Estado establece en ciertas ciudades de otros Estado, con el fin de proteger sus intereses y los de sus nacionales. Los Cónsules con Órganos del Estado que actúan en el extranjero y realizan actos para cumplir su misión, con exclusión generalmente de los de naturaleza política (p.447).

No queda duda alguna, entonces, de carácter público de la función consular. De este modo, no cabe duda tampoco de que al momento en que se le atribuye al

Cónsul la potestad de dirimir como árbitro conflictos entre nacionales residentes en el país en donde se encuentra destacado, se le está atribuyendo a un órgano administrativo, la condición de institución arbitral, al decir de Huergo Lora (2000), con capacidad suficiente para intervenir en la resolución de conflictos *inter privados*.

Ahora bien, como se ha visto, la redacción de la norma es omisa a la hora de establecer los términos en que los Cónsules hacen ejercicio de esa función.

Ante ello, no cabe más que entender que la intención ha sido la de atribuir al Cónsul las funciones propias de los árbitros regidos por la legislación común, debiendo por ello sujetar su actuación, a las disposiciones de esa normativa.

En ese aspecto, es claro que su competencia sólo cristalizará en definitiva, si las partes así lo deciden. Es decir, no se trata en modo alguno de un arbitraje obligatorio –de por sí inconstitucional por lo dicho- sino más bien de un arbitraje voluntario.

Un caso similar al examinado, se ha previsto en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de Producción (No.2035) que dispone:

ARTICULO 5º.- Para cumplir sus fines, el Consejo Nacional de Producción tendrá como actividades ordinarias, las siguientes:

(...)

t) Participar como árbitro o perito en los asuntos de su competencia. Asimismo, sus funcionarios podrán participar en tal condición.

Por su parte, el artículo 24 del Reglamento a la Ley Orgánica del Consejo Nacional de Producción (D.E. No.26639) establece lo siguiente:

Artículo 24.— **Atribuciones del Consejo.** El Consejo será el ente oficial responsable de lo siguiente:

(...)

i) Realizar **arbitrajes** o peritajes en productos agropecuarios y agroindustriales de acuerdo a las normas y reglamentos técnicos. Se cobrará la tarifa aprobada por Junta Directiva o bien por la Autoridad Judicial o Administrativa correspondiente.

Como puede verse, como derivación de las citadas disposiciones, las normas atribuyen al Consejo Nacional de Producción, e inclusive a sus funcionarios en lo personal, la potestad de *“realizar arbitrajes... en productos agropecuarios y agroindustriales de acuerdo a las normas y reglamentos técnicos”*.

Como en el caso antes examinado, se trata de una nueva manifestación de actividad arbitral de un órgano administrativo al cual la normativa le atribuye la condición de institución arbitral, con competencia para, en caso de que las partes así lo dispongan, resolver de modo heterocompositivo, disputas *inter privatos*, en este caso, referidas a asuntos de la competencia del Consejo Nacional de Producción, en concreto, relacionadas con productos agropecuarios y agroindustriales, de acuerdo con normas y reglamentos técnicos.

Parece claro que en estos casos, el ente público actuaría en calidad de árbitro conforme a las disposiciones de la legislación común, sujetando su actividad a tales reglas y dictando un laudo arbitral en los términos de la Ley No. 7727 y no un acto administrativo arbitral.

Esto hace que se esté ante un supuesto en que terceros involucrados en una determinada disputa, decidan de forma voluntaria, excluir la vía judicial y atribuir al aludido ente público o a alguno de sus funcionarios, la solución de la disputa mediante un laudo arbitral.

Se trataría de este modo, de una actividad puramente arbitral, lo cual, claro está, excluye la posibilidad de que lo decidido por el Consejo sea susceptible de ser

impugnado cual acto administrativo arbitral, dejando a las partes como único mecanismo de impugnación, el recurso de nulidad regulado por la Ley No. 7727, en tanto la decisión que se adopte, tendrá como naturaleza jurídica, la de laudo arbitral, con eficacia y autoridad de cosa juzgada, una vez firme.

Surge sin embargo una circunstancia que merece ser atendida. Tanto en el caso de los Cónsules como en el caso del Consejo Nacional de Producción, se les habilita como instituciones arbitrales para que resuelvan, en calidad de entes u órganos administrativos, conflictos entre sujetos de Derecho privado. Es decir, operan como árbitros en los términos de la Ley No. 7727.

Ahora bien, precisamente esa disposición legal establece, con claridad, que para ser árbitro, han de cumplirse los requisitos dispuestos en su artículo 25, entre los cuales se encuentran, para el caso de arbitrajes de Derecho, ser profesional en Leyes con más de cinco años de incorporado al Colegio de Abogados.

Es claro que no es ese el caso del Consejo Nacional de Producción, y podría no serlo en el caso de los Cónsules, de modo que salta a la vista una aparente antinomia jurídica, que podría resolverse, sea entendiendo que tal requisito no resulta exigible por existir norma especial que lo excluye implícitamente, o bien, estimando que para esos casos, sólo podrían darse arbitraje de Equidad.

De hecho, para la Contraloría General de la República (Oficio 7495 DAJ-1541), ese fue un obstáculo insalvable para que se designara a la Universidad Nacional como árbitro en un caso concreto, con el agravante en ese caso, de que esa entidad no se ve beneficiada por norma legal alguna, que la instituya como institución arbitral.

Todo indica que lo propio es seleccionar la segunda alternativa. Es decir, en estos casos, el arbitraje sólo podría ser de Equidad, salvo que el funcionario del Consejo

designado o el Cónsul sean abogados incorporados al Colegio de Abogados con más de cinco años de experiencia. Sin duda, tal exigencia es razonable para el caso de arbitrajes de Derecho, por lo que no cabría entender que las normas especiales antes comentadas, puedan excluir de los requisitos dispuestos por el artículo 25 para el caso de arbitrajes de Derecho.

Finalmente, debe examinarse algunos casos en que, en apariencia, también se podría estar frente a supuestos de actividad administrativa arbitral sujeta a la legislación común.

Se trata, de nuevo, del caso de la materia de consumo, regida por la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (No. 7472) cuyo artículo 58 dispone:

**ARTÍCULO 58.- Arbitraje.**

En cualquier momento y de común acuerdo, las partes pueden someter su diferendo, de forma definitiva, ante un árbitro o tribunal arbitral, para lo cual deben cubrir los gastos que se originen.

Las partes pueden escoger al árbitro o al tribunal arbitral de una lista-registro que, al efecto, debe llevar la Comisión nacional del consumidor. Los árbitros pueden cobrar honorarios por sus servicios.

Las personas incluidas en la citada lista deben ser de reconocido prestigio profesional y contar con amplios conocimientos en la materia (Así modificada su numeración por el artículo 80 de la ley N° 8343 de 27 de diciembre del 2002, Ley de Contingencia Fiscal, que lo pasó del 55 al 58).

Sobre ese mismo extremo, dispone el Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (DE 25234), lo siguiente:

**ARTÍCULO 72.- Arbitrajes**

Cuando las partes decidan recurrir al arbitraje en los términos del artículo 55 de la Ley, se aplicarán las reglas de la legislación procesal común.

Los órganos y entidades gremiales, representativas del sector, podrán formar sus propios centros de arbitraje y mantener registros de árbitros de reconocido prestigio. Es entendido, en todo caso, que su intervención deberá ser consentida por todas las partes interesadas. La decisión de someter al arbitraje un caso no impedirá que la CNC conozca o continúe conociendo de sus aspectos no patrimoniales, cuando se estime que está de por medio el interés de la colectividad. En este supuesto, se tendrá automáticamente como parte a la dependencia competente del MEIC, con la que se continuará los trámites.

Si bien en principio podría pensarse que en estos casos la Comisión Nacional del Consumidor queda habilitada por el legislador para actuar en calidad de árbitro, lo cierto es que no es ese el caso.

La lectura detenida de la normativa recién transcrita, permite establecer que en realidad, lo único que se dispone es que la Comisión deberá contar con un listado-registro de árbitros –sujetos de Derecho privado-, para que los interesados seleccionen a los integrantes del colegio arbitral.

Es decir, no son funcionarios de la Comisión, ni tampoco la Comisión, quienes deciden mediante un laudo arbitral la controversia, sino árbitros privados, sin relación directa con la Comisión.

## **II.- Agencification y actividad administrativa arbitral en el Derecho costarricense**

Como se comentó ya en el primer capítulo, una de las expresiones de la llamada reforma administrativa, puesta en evidencia a propósito de los procesos de privatización y liberalización de las economías que se han intensificado en las últimas décadas, es la *agencification* (Cassese, 2001a), la cual implica la

atribución de tareas antes asumidas por la administración central, a órganos o entes llamados agencias o autoridades independientes.

Dentro de las funciones atribuidas a estas entidades, se encuentra dar solución a las controversias entre prestatarios y usuarios del servicio (customers), así como entre prestatarios (Echandi 2005). Se trata de las llamadas “funciones arbitrales” (Desdentado Daroca 1999).

Para Huergo Lora (2000), en estos casos, se presenta una, “*actividad arbitral que culmina en resoluciones administrativas, fiscalizables por la jurisdicción contencioso administrativa*”(p.255)

En efecto, en estas situaciones, reguladas por legislación sectorial, una autoridad administrativa independiente resuelve conflictos referidos, por ejemplo, al acceso a una red de telecomunicaciones o eléctrica, mediante un acto administrativo impugnado por la vía contencioso administrativa.

A diferencia del arbitraje regido por la legislación común, en estos casos, no se requiere de la voluntad de ambas partes para que la respectiva autoridad administrativa de solución al conflicto, lo cual se ve compensado por la posibilidad ya aludida, de impugnar en vía contencioso administrativa lo decidido.

Como bien entiende Ferret Jacas (1999), en el marco de la aparición de las administraciones independientes, lo que denomina la “función arbitral de la Administración (...) cobra un enorme protagonismo” (p.11).

Considerando esta situación, es preciso examinar si en el medio costarricense, el fenómeno de la agencification, de por sí inmaduro aún, ha considerado la atribución a entidades reguladoras de tareas de esa naturaleza.

Para ello, se examinará, en concreto, el caso de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, como se verá, referido al supuesto de conflictos entre usuario y operador del servicio público (1), así como los proyectos de ley dirigidos a regular la apertura a la libre competencia, de los mercados de telecomunicaciones y de seguros, en donde se atiende tanto la resolución extrajudicial de conflictos entre usuarios y operadores, como entre varios operadores (2).

### **1.- La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos**

La legislación reguladora de los servicios públicos, creadora de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, ha optado por atribuir a esta entidad, no sólo la usual gama de medios de regulación, tales como la potestad inspectora y sancionadora, sino además, la de resolución extrajudicial de conflictos.

Como se sabe, se ha atribuido a dicha autoridad reguladora, la tarea de velar por el buen funcionamiento de diversos servicios que han merecido el calificativo del legislador, de servicios públicos, sujetándolos por ello, a un régimen especialmente intenso y a determinados principios básicos.

En ese contexto, se logra identificar la atribución a la citada Autoridad (Ley No. 7593), de la potestad de “tramitación de quejas”, actividad regida por la siguiente norma:

#### **ARTICULO 27.- Tramitación de quejas.-**

La Autoridad Reguladora tramitará, investigará y resolverá, de acuerdo con los procedimientos administrativos establecidos en la Ley General de la Administración Pública, cualquier queja relativa a la prestación de los servicios públicos regulados por esta ley. Los prestatarios de los servicios públicos y las instituciones públicas están obligados a brindarle, a la Autoridad Reguladora, la colaboración necesaria para que cumpla con esta función.

Como puede verse, la norma habilita a la Autoridad Reguladora, para que tramite, investigue y resuelva, *“cualquier queja relativa a la prestación de los servicios públicos regulados por esta ley”*.

En su oportunidad, la amplitud en que se ha redactado la norma, ocasionó dudas de parte de la autoridad reguladora, al no quedar claro el deslinde de dicha competencia.

Planteada la respectiva consulta ante la Procuraduría General de la República, ésta estimó (Dictamen C-196-1999), lo siguiente:

Se afirma que el término "cualquier queja" es comprensivo de toda queja que pueda tener el usuario del servicio público frente al prestatario, con independencia de que esa queja derive o no de una obligación o condición dispuesta en la Ley de la ARESEP o bien en la que regula directamente el servicio de que se trate. Criterio que no puede compartir la Procuraduría en razón de las reglas que rigen la competencia y que han sido mencionadas anteriormente. La interpretación de este artículo debe hacerse conforme el contexto de la Ley de la ARESEP y el fin a que tiende. Conforme lo cual debe concluirse que la ARESEP sólo es competente para conocer quejas relativas a la prestación de los servicios públicos, sin que pueda conocer de quejas referentes a incumplimientos de obligaciones generales que pesen sobre el prestatario como sujeto de derecho y específicamente, como comerciante. No podría entenderse, en efecto, que el incumplimiento de esas obligaciones generales constituye un incumplimiento directo de la prestación del servicio público a que se refiere la ley 7593.

Ergo, la competencia del artículo 27 para conocer de quejas sobre incumplimientos sólo es ejercitable cuando la prescripción legal se refiera directamente o tenga una incidencia marcada sobre la calidad, confiabilidad, cantidad del servicio o afecte, su continuidad, oportunidad o el carácter óptimo de la referida prestación, a condición de que la competencia relativa no haya sido atribuida por la Ley a otro organismo. En ese sentido, podría decirse que efectivamente la competencia de la ARESEP ha sido enmarcada dentro del concepto prestación del servicio, resultándole excluida para cualquier otro fin.

De lo anterior se deriva que la ARESEP sólo puede utilizar la potestad de "corregir anomalías" prevista en el artículo 28 de su Ley, cuando se

trate de resolución de quejas relacionadas con la prestación del servicio público. Por consiguiente, "las disposiciones pertinentes" que puede dictar imperativamente tienen que estar relacionadas con los valores que los artículos 5 y 25 de su Ley consagran. No puede pretender corregir anomalías producidas por incumplimientos de disposiciones generales a que el prestatario está sujeto como cualquier otro administrado y mucho menos, imponer el resarcimiento de los daños que ese incumplimiento hubiere causado.

En efecto, cabe entender que la potestad de resolución extrajudicial de conflictos referidos a la prestación de un determinado servicio público, no podrá ser indiscriminada.

El tema fue objeto de análisis por parte de Huergo Lora (2000), quien en un enfoque que no cabe más que compartir, esta modalidad de actividad administrativa, solo encuentra justificación desde la perspectiva constitucional, en tanto los conflictos que deben ser resueltos de este modo, "*... afecten de modo especial a algún interés público cuya tutela esté directamente encomendada a esa Administración*" (p.262).

Desde esa perspectiva, es claro que la actividad de resolución extrajudicial de conflictos en el ámbito de los servicios públicos que se atribuye a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, ha de entenderse reducida a aquellos ámbitos en que se pueda de alguna forma afectar el interés público que ha de tutelar aquella, lo que debe relacionarse con las actividades reguladas del prestatario, no así aquellas que se refieren al ejercicio de su capacidad de Derecho privado, pura y simple.

De lo contrario, terminaría dicha autoridad, sustituyendo la jurisdicción civil, en detrimento o retardo, del ejercicio del derecho de tutela judicial efectiva, sin justificación alguna.

Más precisamente, señala Huergo Lora (2000), que

El interés público justificador de la intervención administrativa arbitral en un determinado ámbito sectorial ha de ser el mismo interés público (concreto y específico) que legitima el resto de las potestades administrativas que se ejerzan en ese sector, siempre y cuando, lógicamente, ese interés concreto exija o justifique también el otorgamiento de potestades arbitrales (p.263).

Así las cosas, interesa ahora resaltar que según señala la norma en comentario, esta actividad administrativa, ha de desplegarse mediante las formalidades del procedimiento administrativo regido por el Libro Segundo de la Ley General de la Administración Pública, lo cual hace necesario traer a colación el concepto de procedimiento administrativo triangular aludido en el capítulo primero de esta investigación.

En efecto, en estos casos, la Autoridad Reguladora actúa en el marco de un procedimiento administrativo de carácter triangular, de modo que carece de la condición de parte en el mismo, para pasar a ser un tercero supraordinado que impone una solución extrajudicial al conflicto.

La naturaleza del output de este procedimiento, no está sujeta a discusión alguna. Según se verá, el propio legislador la ha definido, al disponer en el artículo 28 de la Ley en estudio, lo siguiente:

**ARTICULO 28.- Corrección de anomalías.-**

Si la denuncia resulta fundada, la Autoridad Reguladora dictará las disposiciones pertinentes para que se corrijan las anomalías, y cuando en derecho corresponda, ordenará resarcir los daños en sede administrativa. Las resoluciones que se dicten serán vinculantes para las partes involucradas, sin perjuicio de los recursos ordenados en la ley. Si de la denuncia se desprenden responsabilidades penales, para cualquier involucrado, la Autoridad Reguladora deberá informarlo al Ministerio Público. Esa Autoridad tramitará los procesos administrativos hasta concluirlos, de conformidad con los procedimientos establecidos en la Ley General de la Administración Pública. Deberá informar del inicio de este procedimiento al ente que otorgó la concesión o el permiso.

Como queda claro, el resultado último del procedimiento triangular mediante el cual se da solución extrajudicial a un conflicto relativo “...a la prestación de los servicios públicos...” regidos por la ley que se estudia, posee el carácter de resolución administrativa y resulta por ello susceptible de ser impugnada en la vía de lo contencioso administrativo.

Esta situación se ve más claramente regulada aún, en el Reglamento a la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, (Decreto Ejecutivo N° 29732-MP), que dispone a la letra:

**Artículo 40.—Resolución de quejas, controversias y denuncias.** En la decisión final que adopte el Regulador General en la tramitación de la queja o la denuncia, se establecerá el carácter fundado o no de ésta. En caso que se compruebe que la queja o la denuncia resulta fundada, el Regulador General dispondrá que el prestador adopte las medidas necesarias para corregir la anomalía o prestar el servicio, y en caso que así lo haya pedido el quejoso o el denunciante, y correspondiere de acuerdo con el mérito de los autos y fuere cuantificable, se establecerá la indemnización que deberá pagar el prestador. La resolución que se dicte será vinculante para las partes, sin perjuicio de los recursos administrativos procedentes, conforme a la ley.

Como se ve, la norma termina de clarificar que la decisión, a la cual deben sujeción las partes, como se reitera, posee el carácter de acto administrativo, siendo susceptible de ser impugnada mediante los “recursos administrativos procedentes” y, cabe agregar, en la vía de lo contencioso administrativo, una vez agotada la gubernativa.

El mismo Reglamento se ha ocupado de detallar el trámite del procedimiento triangular a que da lugar el planteamiento de una “queja” por parte de un usuario de servicios públicos regulados por la Ley en estudio.

En efecto, según se dispone en ese cuerpo normativo, una vez recibida de forma oral o escrita una queja por la dependencia de la Autoridad Reguladora especialmente creada al efecto, de conformidad con lo establecido por el artículo 37 del Reglamento, se intentará resolver el conflicto mediante un acuerdo conciliatorio, mediante la intervención de un conciliador que es funcionario de la misma entidad.

De no llegarse a un acuerdo, según dispone el artículo 39 *ibídem*, la Autoridad dará inicio a un procedimiento administrativo regido por las disposiciones del Libro Segundo de la Ley General de la Administración Pública, resuelto, como se ha señalado, mediante una resolución administrativa final que, se dice, será vinculante para las partes.

Considerando los términos en que se regula esta actividad administrativa, no queda duda de que se trata de una conducta administrativa de resolución extrajudicial de conflictos entre terceros.

Nótese que en vista de la naturaleza de los prestatarios de los servicios públicos regidos por la Ley No. 7593, dentro de las partes del procedimiento triangular, podrían encontrarse sujetos de Derecho público, los cuales quedan también sometidos a lo que en definitiva se resuelva.

Para la mejor apreciación de la naturaleza jurídica de esta actividad, interesa destacar que vistos los términos de la regulación de esta actividad administrativa de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, resulta claro que su intervención viene impuesta por el propio Ordenamiento Jurídico, es decir, no requiere el consentimiento de las partes, como si sucede en todo arbitraje. Bastará la solicitud del usuario, para que tal intervención se produzca, sin el previo sometimiento del prestatario del servicio.

Esta circunstancia hace que, la solución del conflicto dispuesta por la autoridad reguladora, pueda ser impugnada en la vía administrativa, como sucede en el caso de cualquier otro acto administrativo.

Queda por cuestionarse el por qué de este singular tratamiento? Parece claro que esta regulación responde a la exigencia constitucional dispuesta por el párrafo quinto del artículo 46 de la Constitución, según el cual, recae sobre el Estado el deber de proteger los derechos de los consumidores y usuarios.

Condenar al usuario a que acuda a la vía judicial, para resolver conflictos referidos a la prestación de un servicio público, significa condenarlo a una tardía y onerosa alternativa de solución de sus conflictos.

De este modo, se agrega la potestad de resolver extrajudicialmente conflictos entre usuario y prestatario, a las restantes técnicas jurídicas orientadas a sujetar la prestación de un servicio público, a los principios y reglas que operan en esa materia.

## **2.- A propósito de la apertura de los mercados de telecomunicaciones y seguros**

Como lo explica Huergo Lora (2000), a propósito del proceso de apertura a la libre competencia de ciertas actividades otrora calificadas como servicios públicos unitariamente prestados por sujetos en posición de monopolio, se ha decidido sumar a las potestades típicas de todo ente regulador, la de resolver conflictos de modo extrajudicial, entre operadores.

Se procura de esa forma, dice el autor, “... *garantizar que el funcionamiento de un sector económico se ajuste a determinados principios (competencia, igualdad*

*entre operadores, etc.) considerados como de interés público o conformadores de un «orden público» sectorial” (p.258).*

Se estima con razón, por parte del autor, que

En el fondo, lo que hace la Administración en este caso y en otros similares (...), es modificar las reglas ordinarias de resolución de conflictos, alterando el orden judicial competente o el sujeto sobre el que recae la carga de acudir a un proceso declarativo, o reduciendo los plazos de prescripción, aunque respetando el principio básico de que la decisión final corresponde a los Tribunales, cuando teme que el funcionamiento ordinario de ese sistema de resolución de conflictos lleve a la lesión de un interés público, ya sea la competencia, la integridad del demanio o la continuidad de un servicio público (p.259).

Partiendo de esa base conceptual, se hizo la respectiva evaluación del Proyecto de Ley General de Telecomunicaciones, Expediente Legislativo No. 16.398, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 208 del 31 de octubre del 2006.

Según se señala ahí, el órgano regulador creado, es decir, la Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel), órgano de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, tendrá dentro de sus potestades administrativas, la de resolver extrajudicialmente, conflictos entre proveedores del servicio de telecomunicaciones y los usuarios.

En efecto, a ese respecto se establece:

**Artículo 47.— Vías de reclamación.** Los operadores de redes públicas y los proveedores de servicios de telecomunicaciones disponibles al público deberán garantizar la atención eficiente y gratuita de las reclamaciones que presenten los usuarios finales por violación a lo dispuesto en este capítulo, de acuerdo con la reglamentación que al efecto se dicte. Con este fin, deberán comunicar a la Autoridad Reguladora de las Telecomunicaciones los medios disponibles y los tiempos ofrecidos de atención de dichas reclamaciones.

Artículo 48.— **Procedimiento.** Las reclamaciones originadas por la violación a los derechos a que se refiere este capítulo podrán ser interpuestas por el usuario final o por cualquier persona, sin que sea necesariamente el agraviado por el hecho que se reclama.

La reclamación deberá presentarse ante el propio operador o proveedor el cual deberá resolver en un plazo máximo de diez días naturales. En caso de resolución negativa o insuficiente o la ausencia de resolución por parte del operador o proveedor, el reclamante podrá acudir a la Autoridad Reguladora de las Telecomunicaciones.

La Autoridad Reguladora de las Telecomunicaciones tramitará, investigará y resolverá la reclamación pertinente de acuerdo con los procedimientos administrativos establecidos en la Ley General de Administración Pública, N° 6227, de 2 de mayo de 1978. La Autoridad Reguladora de las Telecomunicaciones deberá dictar la resolución final dentro de los quince días hábiles posteriores al recibo del expediente.

Si la reclamación resulta fundada, y sin perjuicio de las sanciones que correspondan de conformidad con esta Ley, la Autoridad Reguladora de las Telecomunicaciones dictará las disposiciones pertinentes para que se corrijan las anomalías, y cuando en derecho corresponda, ordenará resarcir los daños y perjuicios en sede administrativa. Las resoluciones que se dicten serán vinculantes para las partes involucradas sin perjuicio de los recursos ordenados en la ley.

Si de la reclamación se desprenden responsabilidades penales, para cualquier involucrado, la Autoridad Reguladora de las Telecomunicaciones deberá informarlo al Ministerio Público.

Las denuncias que se presenten ante la Autoridad Reguladora de las Telecomunicaciones no están sujetas a formalidades ni requieren autenticación de la firma del denunciante, por lo que pueden plantearse personalmente o por cualquier medio de comunicación escrita. En los casos de reclamaciones presentadas por los usuarios finales ante la Autoridad Reguladora de las Telecomunicaciones, corresponde al operador o proveedor la carga de la prueba.

La acción para denunciar caduca en un plazo de dos meses desde el acaecimiento de la falta o desde que esta se conoció, salvo para los hechos continuados, en cuyo caso, comienza a correr a partir del último hecho.

Como puede apreciarse, el proyecto, en esta materia, simplemente repite las disposiciones de la Ley No. 7593 recién examinadas, de modo que sobra el comentario.

Si se innova, sin embargo, al disponerse, quizá sin la propiedad exigida, la potestad de solución extrajudicial de conflictos entre prestatarios del servicio, surgidos a propósito del acceso a la red.

**ARTÍCULO 63.- Acuerdos de acceso e interconexión**

Los operadores de redes públicas de telecomunicaciones convendrán las condiciones bajo las cuales se llevará a cabo el acceso y la interconexión de conformidad con esta Ley, los reglamentos y planes técnicos correspondientes y las demás disposiciones que se emitan al efecto.

Los operadores deberán notificar a la Autoridad Reguladora de las Telecomunicaciones cuando inicien negociaciones para el acceso e interconexión, de igual manera, deberán notificarle los acuerdos que alcancen y someter a su conocimiento los convenios respectivos. En este último caso, la Autoridad Reguladora de las Telecomunicaciones tendrá la facultad para adicionar al convenio aquellas cláusulas que resulten necesarias, así como para eliminar o modificar aquellas cláusulas que resulten contrarias a lo dispuesto en esta Ley, lo anterior de conformidad con el plazo y demás condiciones que se definan reglamentariamente.

En caso de que exista negativa de un operador de red pública de telecomunicaciones para llevar a cabo negociaciones de interconexión o acceso, o el acuerdo no se concrete dentro de los tres meses siguientes a la notificación, la Autoridad Reguladora de las Telecomunicaciones, de oficio o a petición de parte, determinará la forma, términos y condiciones bajo las cuales se llevará a cabo, sin perjuicio de las sanciones previstas en esta Ley.

La Autoridad Reguladora de las Telecomunicaciones podrá definir provisionalmente las condiciones de acceso e interconexión hasta que emita su resolución definitiva, en la cual deberá valorar si existen alternativas técnicas y económicas más factibles y eficientes a la interconexión o acceso que se solicita.

Corresponde a la Autoridad Reguladora de las Telecomunicaciones interpretar y velar por el cumplimiento de estos acuerdos.

Como puede observarse, la norma recién transcrita deja en evidencia que al legislador le luce de interés atribuir a la SUTEL una muy intensa capacidad de regulación de los acuerdos de interconexión y acceso a la red de telecomunicaciones entre los distintos operadores.

Se trata, con claridad, de un aspecto de especial relevancia y que forma parte de eso que califica Huergo Lora como un “orden público sectorial”, dado que de ello depende el éxito del mercado competitivo que se procura establecer.

Así las cosas, se muestra en el proyecto, un afán expreso de atribuir a la SUTEL lo que se ha venido llamando acá, una actividad administrativa arbitral. Lo lamentable, sin embargo, es la escasa precisión con que se hace, además de lo limitado que resulta la materia “arbitrable”.

Como es claro, esta actividad requiere de una expresa habilitación del legislador, requisito que se cubre con esta propuesta, si bien limitando en exceso el alcance de la potestad atribuida.

Nótese que según se señala en la norma que se estudia, queda habilitada la SUTEL para intervenir, únicamente, *“en caso de que exista negativa de un operador de red pública de telecomunicaciones para llevar a cabo negociaciones de interconexión o acceso, o el acuerdo no se concrete dentro de los tres meses siguientes a la notificación”*.

Cabe preguntarse: es que acaso los conflictos referidos a interconexión o acceso a la red se reduce a una negativa a llevar negociaciones? Es claro que ello no es así. De hecho, en la legislación española de la materia (Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones), se deja en evidencia que también podrían darse conflictos referidos a la *“...ejecución e interpretación de los acuerdos de interconexión y de los producidos por el acceso a las redes públicas de telecomunicaciones”*.

Parece claro, entonces, que lo propio sería haber redactado la norma de modo ampliativo, nunca reductivo como se ha dispuesto, para evitar que al surgir una disputa referida al acceso o interconexión a la red, distinta de la simple negativa a entrar en negociaciones al respecto, no deba la parte afectada acudir a la vía

judicial, con la demora que ello comporta y la alternación del orden público sectorial que ha de protegerse en beneficio del interés público, coincidente con el privado.

La disfunción de la propuesta es mayor aún, si se aprecia que se ha entendido quizás de modo simplista, que la posibilidad de conflictos referidos al precio del acceso a la red, queda resuelto mediante un criterio objetivo dispuesto por la SUTEL: una metodología para el cálculo del precio del acceso a la red...

Obviamente, no se ha considerado que ello no extingue en modo alguno, la posibilidad de que surjan conflictos al respecto, como por ejemplo, a propósito de la puesta en práctica de esa metodología.

En efecto, según se establece en el proyecto en comentario,

**ARTÍCULO 64.- Precios de interconexión**

Los precios de interconexión deberán estar orientados a costos, conforme el inciso i) del artículo 6) y serán negociados libremente por los operadores con base en la metodología que establezca la Autoridad Reguladora de las Telecomunicaciones. Esta metodología deberá garantizar transparencia, objetividad, no discriminación, factibilidad financiera y desagregación de los costos.

No se establece, luego, que en caso de surgir conflictos a propósito de los precios de interconexión, la SUTEL podrá resolverlos previo procedimiento administrativo de carácter triangular, con lo cual se deja de lado una muy importante labor de las autoridades reguladoras, es decir, la resolución extrajudicial de conflictos referidos a precios de la interconexión, surgidos, por ejemplo, a propósito de la aplicación de la metodología, o bien, producto de la ejecución e interpretación del respectivo acuerdo.

Resta por evaluar, el caso del Proyecto de Ley Reguladora del Mercado de Seguros, que se tramita bajo Expediente Legislativo No. 16.305.

Según se dispone en esa propuesta de ley, de surgir un conflicto entre un asegurador y un asegurado, corresponderá al “Defensor del asegurado”, resolver tal conflicto.

En concreto, se dispone al respecto, lo siguiente:

#### ARTÍCULO 12.- Defensor del asegurado

Las entidades aseguradoras deberán designar a un “Defensor del Asegurado”, para que conozca de las reclamaciones que formulen contra dichas entidades los asegurados, beneficiarios y otros interesados. La Superintendencia, mediante norma de carácter general, establecerá el procedimiento administrativo a que se sujetará, las limitaciones y monto a que estarán sujetas dichas reclamaciones, los requisitos mínimos a cumplir por la persona a designar y otras materias relacionadas, quedando sujetas a su fiscalización las personas que se designen.

Los gastos que se ocasionen con motivo de la actuación del Defensor del Asegurado correrán a cargo de la entidad.

Las decisiones del Defensor deben ser fundadas y serán de acatamiento obligatorio para la entidad, no obstante, el reclamante estará en libertad de decidir si se acoge a ella o no.

El Defensor solo podrá conocer y pronunciarse sobre la ejecución del contrato respectivo, y no obligará a la entidad en materias distintas a las convenidas en la póliza.

Lo anterior no imposibilita al reclamante a acudir a los tribunales o a otros mecanismos de solución de conflictos.

La norma, como en el caso de las contenidas en el Proyecto de Ley General de Telecomunicaciones, dista de ser precisa, como resulta deseable que lo fuera, en vista de la innovación que plantea.

De hecho, no solo incurre en claras imprecisiones, sino en censurables regulaciones que puede vislumbrarse, que ocasionará gran dificultad de aplicación de la norma.

Por un lado, señala que el Defensor del Asegurado, deberá ser designado por las entidades aseguradoras, no así por la Superintendencia de Seguros, a pesar de que se establece que ésta última será la que disponga el “procedimiento administrativo” que seguirá para resolver las reclamaciones bajo su conocimiento.

El calificativo dado al procedimiento de solución de conflictos entre el asegurado y el asegurador, da lugar a deducir que se trata de una actividad administrativa, no así, una actividad de carácter arbitral regida por la Ley No. 7727.

Siendo esto así, luce incomprensible que sean las entidades aseguradoras quienes designen al Defensor del Asegurado, tarea que es claro debería corresponder a la Superintendencia, de la cual debería ser un órgano.

Sobre esto último, es preciso señalar que tampoco queda claro si el Defensor del Asegurado, debe concebirse como un órgano permanente, o bien, como un Defensor Ad. Hoc, es decir, para un caso concreto. Nótese que la norma propuesta menciona que corresponde a la Superintendencia de Seguros definir los requisitos que deben “*la persona a designar*”, mientras que de seguido dispone que “*las personas que se designen*” quedan sujetas a su fiscalización !! ¿Es una persona, o son tantas como conflictos surjan?

Es de lamentar, en suma, que tanto en un proyecto como en el otro, se manifiesten tantas debilidades en la regulación de la denominada actividad administrativa arbitral, lo cual, claro está, no contribuirá a la más efectiva resolución de conflictos en estos sectores del Ordenamiento Jurídico.

## **SECCIÓN II.- ARBITRAJE Y CONVENIOS DE COOPERACIÓN PÚBLICO PRIVADA**

A propósito del fenómeno ya apuntado de las *public private partnership*, han aflorado con fuerte intensidad, las llamadas concesiones de obra pública así como otras estructuras contractuales en donde el interés privado convive con el interés público, fenómeno del cual no ha escapado el régimen costarricense.

En estos esquemas de colaboración público-privada, se parte de una base fundamental, a saber, la relación cooperativa entre el socio privado y el público, circunstancia que hace desaparecer o al menos disminuir, la verticalidad típica de las relaciones de sujeción previstas en el Derecho administrativo, verticalidad que se ve sustituida por una relación de carácter cooperativo con base netamente consensual.

Estos modelos se caracterizan por generar relaciones de largo plazo, cuya estabilidad en el tiempo es vital para la satisfacción de las necesidades públicas involucradas. Por otra parte, se trata de modelos contractuales complejos, en los cuales queda superada la tradicional relación bilateral entre la administración y el contratista (González García, 2006).

Desde esa perspectiva, resulta evidente que una dilación en la solución de las disputas, tendrá múltiples efectos negativos, tanto para el socio privado como también para el socio público, para los entes financieros involucrados, los usuarios, subcontratistas y toda una gama de interesados, que participan en este escenario multipolar.

Esto explica que, típicamente, en este campo se considere vital contar con un mecanismo célere, especializado y objetivo de solución de conflictos (HM Treasury [HMT] 2004).

Por otra parte, como lo ha entendido con razón el Conseil d'Etat (1993) en su informe sobre los modos alternos de solución de conflictos, median en la especie, "les soucis non seulement de rapidité et de coût du temps, mais aussi de bonne image, de confidentialité, de souplesse, d'adaptation aux préoccupations de partenaires habitués à un contexte juridique bien particulier" (p. 15).

Dado que en el medio costarricense se han dado ya diversas manifestaciones de modelos contractuales de colaboración público-privada, interesa examinar cuáles de éstas, a pesar de no estar sujetas a la legislación imperante en el ámbito de la concesión de obra pública, han considerado cláusulas de resolución de conflictos no judicial (I), para luego evaluar los términos en que se ha considerado esa alternativa, al amparo de la legislación referida a la concesión de obra pública (II).

## **I.- LOS CASOS ALTERRA Y RITEVE**

La experiencia en el medio costarricense en materia de contratos de cooperación público/privada, si bien no ha sido vasta, refleja una clara tendencia a incorporar acuerdos arbitrales en relaciones contractuales de largo plazo, en donde la posibilidad de resolver de forma pronta y especializada las disputas, deviene inevitable.

Luego de una evaluación detallada de las experiencias más representativas, se optó por seleccionar los dos casos más representativos de esa práctica. Se trata, en primera instancia, del Contrato para la Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios prestados en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, en

donde como se verá, se dispuso incorporar un detallado acuerdo arbitral, que ha sido puesto en acción en diversas oportunidades (1).

La otra evidencia detectada por el estudio, se refiere al Contrato de Prestación de Servicios para la Creación y Funcionamiento de Estaciones para la Revisión Técnica Vehicular, celebrado entre el Consejo de Transporte Público y el Consorcio Riteve-SyC, integrado por las empresas Trasal S.A. y Supervisión y Control S.A. (2).

#### **1.- La cláusula de solución de conflictos en el Contrato para la Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios prestados en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría**

Al amparo del Reglamento para los Contratos de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios (Decreto Ejecutivo No. 26801-MOPT), el cual había sido previamente sometido a la consideración y consulta de la Contraloría General de la República, órgano que, mediante oficios No. 1580, de 18 de febrero de 1998 y DGCA 162-98, de 23 de febrero de 1998, emitió criterio preceptivo afirmativo, el Estado costarricense por medio del Consejo Técnico de Aviación Civil promovió la Licitación Pública Internacional No. 1-98 para la contratación de la gestión interesada de los servicios aeroportuarios prestados en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría.

Se trata de una reglamentación que tiene como sustento legal, el artículo 55 de la Ley de Contratación Administrativa (No.7494) que dispone que los tipos de contratación regulados por dicha ley no excluyen la posibilidad para la Administración de definir, vía reglamento, cualquier otro tipo contractual que contribuya a satisfacer el interés general.

Dicho concurso dio lugar al contrato administrativo de mayor envergadura que haya suscrito el Gobierno Costarricense en su historia, al involucrar un amplio plazo de ejecución y muy cuantiosas inversiones. Dicho contrato, como se verá, dio especial atención a los mecanismos de solución de conflictos entre la autoridad aeronáutica costarricense y el gestor interesado, lo cual hace que deba evaluarse tales disposiciones con especial atención.

Se ha estimado que para la mejor apreciación de este caso, es preciso examinar, por un lado, cuáles fueron los antecedentes y contenido de la cláusula arbitral (A), las disputas que se han considerado arbitrables a su amparo (B), así como un caso concreto en que se estimó que lo debatido no podía ser objeto de arbitraje (C).

#### **A.- Antecedentes del acuerdo arbitral**

La posibilidad de que las partes del Contrato de Gestión Interesada resolvieran sus diferendos mediante métodos no judiciales, fue prevista desde el propio cartel de la Licitación Pública Internacional abierta para seleccionar al gestor interesado.

En efecto, una vez examinado el pliego de condiciones de dicha contratación, fue posible determinar que dentro de sus disposiciones, éste señaló lo siguiente:

#### **II.D. EJECUCION DEL CONTRATO DE GESTION INTERESADA**

(...)

##### **II.D.8 CLÁUSULA ARBITRAL**

Se constituirá una Comisión Técnica de Conciliación para resolver controversias que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de gestión y de todo lo relativo a seguros, daños, e indemnizaciones. La comisión estará integrada por un profesional designado por la DGAC, un profesional designado por el GESTOR y un profesional nombrado de común acuerdo por las partes, quien la presidirá. Las controversias relacionadas con este contrato, que no puedan ser resueltas por la Comisión Técnica de Conciliación, se someterán al procedimiento arbitral establecido en la Ley Sobre

Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, para lo cual se seguirá lo dispuesto por el inciso 3) del artículo 27 de la LGAP. El procedimiento arbitral respectivo será un arbitraje de equidad.

Como puede observarse, según las disposiciones del cartel, todas aquellas disputas referidas a la *“interpretación o aplicación del contrato de gestión y de todo lo relativo a seguros, daños, e indemnizaciones”*, deberían ser conocidas, en primera instancia, por parte de una Comisión Técnica de Conciliación, de modo que solo en el caso de que dicha Comisión no fuera capaz de dar solución definitiva al diferendo, se acudiría a un arbitraje regulado por las disposiciones de la Ley No. 7727, el cual sería de Equidad, no así de Derecho.

Una vez adjudicado el concurso y formalizada la relación contractual, se dispuso incluir en el contrato, una cláusula referida al Derecho aplicable y a los mecanismos de solución de conflictos.

Se trata del artículo XXIII del Contrato, que aparte de establecer como normativa aplicable, el Derecho costarricense, se ocupa de regular los mecanismos de solución de conflictos entre las partes.

En un primer momento, se regula en el citado artículo del Contrato, el procedimiento previo de conciliación que han de seguir las partes, en caso de sobrevenir una disputa referida al contrato.

A ese respecto, se dispone:

ARTÍCULO XXIII  
DERECHO APLICABLE Y RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

(...)

23.2 REFERENCIA A LA COMISIÓN TÉCNICA DE CONCILIACIÓN

23.2.1 Para resolver las controversias que se produzcan con motivo de la interpretación, aplicación, ejecución de este Contrato o con la validez o eficacia de los derechos, obligaciones y responsabilidades derivados de este contrato, incluyendo todo lo relativo a seguros, daños e indemnizaciones, se constituirá una Comisión Técnica de Conciliación, la cual estará integrada por un profesional designado por el CETAC, un profesional designado por el Gestor y un profesional nombrado de común acuerdo por las partes, quien lo presidirá.

23.2.2 La Comisión se establecerá a solicitud de una de las partes, la cual designará al miembro correspondiente al hacer dicha solicitud. Si en el plazo de cinco días hábiles luego de presentada la solicitud, no se ha designado el segundo profesional o no existe acuerdo en la designación del tercer comisionado, entonces el nombramiento será efectuado, a solicitud de cualquiera de las partes, por la Cámara de Comercio de Costa Rica por medio de su Junta Directiva o del Centro Arbitral de dicha Cámara de acuerdo con la forma y el procedimiento que fijen su reglamento interno o cualquier disposición reglamentaria supletoria que normalmente aplique.

23.2.3 La Comisión se reunirá cuantas veces considere necesarias con el fin de adquirir la información pertinente acerca del asunto en cuestión, discutir el problema e intentar resolver la disputa amigablemente sin la necesidad de un procedimiento formal. El formato específico de las discusiones será dejado al criterio de los miembros de la Comisión.

23.2.4 Durante el curso de las discusiones de la Comisión, todas las solicitudes hechas por la misma a una de las partes de información no-privilegiada que esté razonablemente relacionada con el presente Contrato, serán satisfechas.

23.2.5 Los procesos formales para la resolución de una disputa no podrán iniciarse sino hasta que: (a) la Comisión concluya de buena fe que no es probable que ocurra una resolución amigable a través de la continuación de discusiones informales sobre el asunto; o (b) treinta días después de emitirse la solicitud inicial de convocar la Comisión.

23.2.6 Esta cláusula no se aplicará de manera que evite que una parte entable un proceso formal para evitar el vencimiento de cualquier período de prescripción que sea aplicable, o para conservar una posición superior con respecto a otros acreedores.

23.2.7 Las partes podrán ampliar de mutuo acuerdo los plazos estipulados en la cláusula 23.2.

De estas disposiciones, interesa destacar, en primera instancia, la forma en que el apartado 23.2.1 del citado artículo, define la materia conciliable/arbitrable. Se señala a ese efecto, que podrá entrarse a resolver mediante dicho procedimiento, todas aquellas *“controversias que se produzcan con motivo de la interpretación, aplicación, ejecución de este Contrato o con la validez o eficacia de los derechos, obligaciones y responsabilidades derivados de este contrato, incluyendo todo lo relativo a seguros, daños e indemnizaciones”*.

Como se ve, por los términos en que se ha reglado tan vital aspecto, es manifiesta la voluntad de las partes de que prácticamente toda clase de controversias derivadas de la relación contractual, pueda ser resuelta mediante el procedimiento de conciliación que se comenta y, en su caso, mediante un proceso arbitral.

Otro aspecto que interesa destacar, es que por la forma en que ha sido redactado este artículo, es claro que se ha optado por un procedimiento de solución de disputas de tipo escalonado. Se estima que se está frente a un mecanismo de esa naturaleza, cuando las partes convienen en que la disputa deba ser resuelta agotando diversos niveles de resolución de la disputa (Davis, 1999).

En este caso concreto, como se ha visto, se dispone en el apartado 23.2.5, lo siguiente:

Los procesos formales para la resolución de una disputa no podrán iniciarse sino hasta que: (a) la Comisión concluya de buena fe que no es probable que ocurra una resolución amigable a través de la continuación de discusiones informales sobre el asunto; o (b) treinta días después de emitirse la solicitud inicial de convocar la Comisión.

La experiencia demuestra, según refiere Davis (1999), que múltiples debates entre las partes, logran ser resueltas por medio de comisiones de conciliación, antes de convertirse en disputas que deban ser resueltas por medios heterocompositivos.

Al hacerse obligatorio el agotamiento de estos mecanismos autocompositivos, han surgido voces que cuestionan la bondad del instituto.

Para Davis (1999), cuando se hace obligatorio el recurso a una Comisión Conciliatoria, como en el caso que se examina, es más lo que se gana que lo que se pierde. De hecho, alude a recientes experiencias que han llevado, cada vez más, a que los gobiernos reconozcan los beneficios de la fórmula escalonada de solución de conflictos en especial, para el caso de contratos de cooperación público privada de largo plazo.

El artículo XXIII del Contrato de Gestión Interesada, también alude al procedimiento arbitral que debe seguirse cuando las partes no logran resolver sus disputas por la vía de la conciliación.

Se dispone en el contrato, en ese sentido, lo siguiente:

ARTÍCULO XXIII  
DERECHO APLICABLE Y RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

(...)

23.3 ARBITRAJE

23.3.1 Si la controversia no pueda ser resuelta amigablemente por la Comisión Técnica de Conciliación dentro del plazo de treinta días luego de solicitado el establecimiento de la Comisión más las prórrogas acordadas, ésta será sometida a un procedimiento de arbitraje de derecho obligatorio que estará regulado por la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos No. 7727 de 14 de enero de 1998 y por el procedimiento arbitral estipulado en este Contrato. La autorización requerida para hacer efectiva esta cláusula arbitral se encuentra en el Apéndice Q de este Contrato.

23.3.2 Los asuntos sometidos a arbitraje se resolverán considerando para efectos de interpretación de la voluntad de las partes, las siguientes fuentes en orden de prevalencia:

(a) En primer lugar, el texto y el espíritu del presente Contrato, así como los documentos que lo integran;

(b) Supletoriamente, el ordenamiento jurídico costarricense aplicable al caso concreto, así como los usos y costumbres y los principios generales del derecho, en ese orden.

(c) En todo lo que no contradiga la letra o el espíritu de este acuerdo arbitral, se aplicará de manera supletoria la Ley sobre la Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, No. 7727 de 14 de enero de 1998 (en adelante Ley de RAC).

(d) En asuntos financieros y contables, a los principios de contabilidad generalmente aceptados y las normas y procedimientos de auditoría vigentes en la República de Costa Rica.

23.3.3 Los asuntos serán resueltos por un Tribunal Arbitral compuesto por tres árbitros. Cualquiera de las partes podrá notificar a la otra su intención de someter determinado asunto a arbitraje. A partir de dicha notificación, ambas partes gozarán de un plazo de siete días para designar, de mutuo acuerdo, los tres árbitros, fijar sus honorarios y su forma de pago. Transcurrido ese plazo sin que se hubieren puesto de acuerdo en los nombramientos, cada parte nombrará un árbitro dentro de los siguientes siete días y lo comunicará a la otra parte. Los dos árbitros así nombrados designarán un tercer árbitro, que fungirá como Presidente del Tribunal Arbitral. Si transcurrido el plazo indicado, una de las partes no ha nombrado el árbitro que le corresponde designar, la otra parte podrá pedir a la Cámara de Comercio de Costa Rica que, nombre el segundo árbitro por medio de su Junta Directiva o del Centro Arbitral de dicha Cámara de acuerdo con la forma y el procedimiento que fijen su reglamento interno o cualquier disposición reglamentaria supletoria que normalmente aplique. Hecho el nombramiento, los dos árbitros designarán el tercer árbitro. En caso de que, por cualquier motivo, los dos árbitros no se pongan de acuerdo para designar el tercer árbitro dentro del plazo de siete días, ese tercer árbitro será nombrado a petición de cualquiera de las partes, por la Cámara de Comercio de Costa Rica en la misma forma que la establecida para el segundo árbitro. En caso de que, por cualquier motivo, una de las personas designadas no pueda o no quiera ser árbitro, será reemplazado por otro árbitro nombrado por la misma parte o institución a quien correspondió nombrar el árbitro reemplazado, excepto que las partes acuerden nombrar a otra persona. Para el nombramiento de árbitros sustitutos se aplican las mismas reglas y términos que para nombrar a los árbitros originalmente nombrados. Los árbitros designados deben ser profesionales en derecho de reconocida capacidad y probidad, con amplia experiencia en asuntos afines a la

materia que se somete al arbitraje y dominio de los idiomas inglés y español.

23.3.4 Tan pronto esté integrado, el Tribunal Arbitral concederá a la parte que inició el procedimiento de arbitraje un término máximo de dieciséis días para que presente por escrito su demanda. La demanda deberá ser presentada en la forma y con los requisitos establecidos en el art. 46 de la Ley sobre la Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, No. 7727 de 14 de enero de 1998. Las pruebas deberán ser ofrecidas o aportadas en el escrito de demanda, bajo pena de inadmisibilidad posterior. Si la demanda no es presentada en el plazo indicado, el Tribunal Arbitral concederá a la otra parte un término de dieciséis días para que demande o manifieste que no tiene reclamo alguno contra la otra parte. En el primer supuesto, el Tribunal Arbitral procederá de conformidad con lo establecido seguidamente para la contestación de la demanda. En el segundo supuesto, el Tribunal Arbitral dará por concluido el proceso arbitral con costas a cargo de la parte que inició el procedimiento arbitral y no presentó la demanda.

23.3.5 Una vez presentada la demanda con sus pruebas, el Tribunal Arbitral otorgará un término de dieciséis días a la otra parte para que conteste la demanda o aporte u ofrezca las pruebas correspondientes, bajo pena de inadmisibilidad posterior. En ese término, podrá la parte demandada presentar contrademanda. La contrademanda se hará en la forma y con los requisitos establecidos por el artículo 47 de la Ley sobre la Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, No. 7727 de 14 de enero de 1998. Si hubiere contrademanda, el Tribunal Arbitral concederá al actor un plazo de ocho días para contestarla y ofrecer pruebas de descargo. Si el demandado o contrademandado no contesta la demanda o contrademanda en el plazo señalado, el Tribunal Arbitral continuará los procedimientos, dando por ciertos los hechos afirmados en la demanda o contrademanda.

23.3.6 Transcurrido el término para contestar la demanda y contrademanda, en su caso, el Tribunal Arbitral procederá de inmediato a evacuar las pruebas ofrecidas por las partes, rechazando las que considere impertinentes o que no conduzcan a la resolución del asunto. El Tribunal Arbitral deberá evacuar las pruebas ofrecidas por las partes en un plazo máximo de dieciséis días a partir de la resolución que dicte ordenando la evacuación de las pruebas, salvo que por motivos razonables no sea posible evacuarlas en ese plazo. El Tribunal Arbitral tendrá facultades para exigir a las partes otras pruebas que no hayan sido propuestas y que, en su criterio, sean determinantes para la resolución del asunto. Estas pruebas se evacuarán en el mismo período probatorio.

23.3.7 Una vez evacuada la prueba propuesta por las partes o por el Tribunal Arbitral, éste concederá un término de ocho días para que las partes aleguen de bien probado, si no se hubiere vencido el plazo para dictar el laudo.

23.3.8 Presentados los alegatos de bien probado, el Tribunal Arbitral deliberará y dictará el laudo dentro de los dieciséis días siguientes al vencimiento del término para presentar los alegatos. El laudo arbitral será la decisión de la mayoría simple de los miembros del Tribunal Arbitral. El laudo será inapelable y contra él no cabrá más recurso que el de nulidad. Podrá ser ejecutado de conformidad con las disposiciones legales vigentes en materia de arbitraje.

23.3.9 En el laudo, el Tribunal Arbitral condenará a la parte perdedora al pago de las costas ocasionadas por el litigio arbitral. Las costas personales se calcularán con base en una suma fija por el tiempo prudencial que, en criterio del Tribunal Arbitral, cada parte dedicó al asunto, y no por las tarifas vigentes. Las costas procesales las estimará el Tribunal Arbitral de acuerdo con los autos del proceso. Los honorarios de los árbitros serán acordados previamente por las Partes y se pagarán por partes iguales, así:

(a) una tercera parte al iniciarse el período probatorio; y

(b) el resto, después de la notificación del laudo arbitral;

23.3.10 El procedimiento de arbitraje tendrá lugar en San José, Costa Rica y el idioma del arbitraje será el español, sin perjuicio de la traducción simultánea al idioma inglés a costas de la Parte que así lo solicite. Cualquier escrito o prueba documental que se presente en otro idioma durante las actuaciones, irá acompañado de la traducción oficial al español.

23.3.11 Las partes acuerdan que el tiempo es esencial en el proceso del arbitraje, y que los árbitros tendrán el derecho y la autoridad para emitir sanciones monetarias contra cualquiera de las Partes, si determinan que una parte está atrasando indebidamente el proceso. En reconocimiento del deseo expreso de las partes de proceder de una manera expedita en la resolución de la disputa o conflicto, los árbitros limitarán o permitirán a las partes ampliar el alcance de presentación de sus argumentos, según sea razonable en las circunstancias.

23.3.12 Las omisiones y lagunas del procedimiento arbitral serán llenadas por el Tribunal Arbitral, usando de manera supletoria las reglas de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos No. 7727 y las del Centro Arbitral de la Cámara de Comercio de Costa Rica, y los principios comúnmente aceptados en la doctrina como principios de equidad procesal, en ese orden de prevalencia. Sólo si se produjere una obvia, manifiesta y grosera inequidad en el procedimiento que pudiera cambiar el resultado final del laudo, podrá el Tribunal Arbitral autorizar por resolución motivada la aplicación de reglas distintas a aquellas aquí establecidas como medios para llenar lagunas y omisiones.

23.3.13 Las notificaciones entre las partes o del Tribunal Arbitral a las partes serán hechas por escrito, por entrega personal con copia de recibido, a las direcciones que se indican en el Contrato para cada una de las partes. El Tribunal Arbitral establecerá una sede en la ciudad de San José, para recibir los escritos y documentos de las partes.

23.3.14 Cuando la cuantía de la controversia sea estimada en un monto menor a los doscientos mil Dólares (US\$200.000.00), el Tribunal Arbitral será de carácter unipersonal y los plazos estipulados en la cláusula 23.3 se reducirán a la mitad, salvo que este plazo sea extendido por acuerdo de las Partes. En este supuesto, el árbitro será nombrado por acuerdo entre las Partes, dentro del plazo de cinco días luego de recibida la notificación en donde se manifiesta la intención de una de las Partes de someter el asunto a arbitraje. Si dentro de ese plazo no es posible llegar a un acuerdo, cualquiera de las Partes podrá pedir a la Cámara de Comercio de Costa Rica que nombre dicho árbitro por medio de su Junta Directiva o del Centro Arbitral de dicha Cámara.

23.3.15 Todos los plazos expresados en días en el Artículo XXIII, deberán entenderse como días naturales.

El primer aspecto que merece comentario, es la caracterización del arbitraje elegido por las partes para resolver sus disputas.

En ese sentido, la cláusula revela una imprecisión que, vista la confusión reinante en el medio costarricense con relación al arbitraje obligatorio o *ex lege* (Res. No. 12405-2006 de la Sala Constitucional), podría frustrar futuros arbitrajes.

Como puede verse, se dice en el punto 23.3.1 que de no prosperar la conciliación, la desavenencia entre las partes, “...será sometida a un procedimiento de arbitraje de derecho obligatorio...”.

Es claro que se incurre en una errónea caracterización del arbitraje. Lo propio hubiese sido señalar, tan sólo, que el arbitraje será de Derecho, no así “obligatorio”.

Como se ha explicado, el arbitraje obligatorio es aquel impuesto *ex lege*, no así, el dispuesto por la propia voluntad de las partes, como en este caso. Es claro que

se ha querido aludir acá, al efecto positivo de todo acuerdo arbitral, consistente, al decir del Tribunal Constitucional español, en “... *la obligación de las partes de estar y pasar por lo decidido en el laudo...*” (STC 174/1995). Es decir, no hay en este caso un arbitraje obligatorio. Existe un acuerdo arbitral válido y eficaz, que como todos lo que tienen esa condición, ocasiona el deber de las partes de resolver sus disputas únicamente por esa vía.

Atendiendo ahora el procedimiento a seguir en los arbitrajes, como se ve, la decisión de las partes fue optar por regular detalladamente el procedimiento prearbitral y arbitral. De hecho, según se dispone en la propia cláusula, el arbitraje se regulará por la Ley No. 7727 y “... *por el procedimiento arbitral estipulado en este Contrato...*” (23.3.1.).

Se trata de una alternativa que no parece ser la más recomendable. Según el régimen actual (Ley No. 7727), al momento de que las partes deciden un acuerdo arbitral, pueden optar por un arbitraje Ad Hoc, que podría regirse en exclusivo por las normas de la citada legislación o bien por un arbitraje institucional, regido por el procedimiento dispuesto en el Reglamento de alguno de los Centros de Conciliación y Arbitraje autorizados por el Ministerio de Justicia.

A pesar de ello, en este caso se optó, más bien, por diseñar un procedimiento arbitral híbrido y contingente, en donde son de aplicación, primordialmente, las reglas de la cláusula y de forma supletoria, las normas de la Ley No. 7727 y hasta las disposiciones del Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica (23.3.12).

Una apuesta como esa tiene múltiples riesgos, en tanto de entrada desprecia la madurez de disposiciones legales que, aunque imperfectas, son más familiares para los árbitros, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia y hasta para las propias partes.

Incluir normas alejadas de esa experiencia, que no pueden por ello beneficiarse de la *praxis* arbitral y de la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia que las ha interpretado y aplicado, lejos de generar algún beneficio, más bien ocasiona incerteza y una mayor dificultad para todos los actores.

Y es que todo indica que ese afán reglamentista, está cimentado en un denodado deseo por resolver de forma celeré las disputas. Según se señala en el apartado 23.3.11, “Las partes acuerdan que el tiempo es esencial en el proceso del arbitraje”, lo cual explica que se hayan establecido plazos para la formalización de la demanda y para su contestación (dieciséis días naturales), así como para laudar (dieciséis días naturales a partir de que se haya formulado conclusiones por las partes), que por ser más reducidos, contrastan con los previstos por la Ley No. 7727 y hasta por los propios Reglamentos de centros autorizados por el Ministerio de Justicia.

La reducción es aún mayor, para el caso de aquellas controversias con una cuantía menor a doscientos mil dólares, en las cuales, según se ha convenido (23.3.14), los plazos antes señalados, se reducen a la mitad, de modo que la demanda debe formalizarse y contestarse en tan sólo ocho días naturales y deberá laudarse tan sólo ocho días naturales luego de que las partes formulen sus conclusiones.

Ciertamente la celeridad es una de las fortalezas del proceso arbitral. Esto no implica, sin embargo, que en procura de una muy celeré resolución de los conflictos, deba definirse plazos que podrían incluso poner en entredicho el pleno ejercicio del derecho de defensa de las partes.

Esta circunstancia ha sido apreciada por parte de Tribunales arbitrales conformados al amparo de la cláusula en comentario. Se ha estimado con razón,

por ejemplo, que debía entenderse que los plazos se contabilizarían en días **hábiles**, no así en días naturales como lo señala la cláusula (23.3.15), por razones de seguridad jurídica y para no reducir en demasía el tiempo con que cuentan las partes y el Tribunal para cumplir con determinados actos procesales.

Una situación como esa fue la examinada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en el Res. 743-F-2005, en donde una de las partes alegó como vicio del laudo, el quebranto de "...las reglas contractuales del arbitraje..." al haberse computado los plazos en días hábiles y no en días naturales. El argumento, sin embargo, no fue acogido por la Sala, al estimar lo siguiente:

**XII.** En el considerando V de esta sentencia se indicó que las causales de nulidad, previstas en el artículo 67 de la Ley RAC, son taxativas. El fundamento del presente motivo de disconformidad, "violación a las reglas contractuales de arbitraje", por haberse establecido la sede del Tribunal fuera de la ciudad de San José y en lugar de computarse los plazos en días naturales, se hizo en días hábiles, no se encuentra en ninguno de los incisos de dicho numeral. Ergo, el agravio en estudio no es de recibo. Sin perjuicio de lo anterior, es menester indicar que ambas situaciones fueron convalidadas por las partes –ALTERRA y CETAC- al no objetarlas en el momento procesal oportuno (artículo 56 Ley RAC). Nótese que dichas decisiones fueron tomadas desde el inicio, en la resolución número 001 de las 16 horas del 12 de abril del 2004 (folio 33). Además, tocante al asiento del Tribunal, la cláusula 23.3.13, en lo conducente, indica: "... *El Tribunal Arbitral establecerá una sede en la ciudad de San José, para recibir los escritos y documentos de las partes.* " No se aclara que debe entenderse por "ciudad de San José", si el Cantón Central o la Provincia. En la resolución indicada, el Tribunal dispuso: " **4) ADMINISTRACIÓN Y SECRETARÍA DEL ARBITRAJE:** *Como las partes no determinaron una sede o Centro Arbitral para la administración del arbitraje, se resuelve que el lugar para la celebración del arbitraje será el Centro de Resolución de Conflictos en Materia de la Propiedad, situado en San José, Costa Rica, Cantón Goicoechea, Barrio Esquivel Bonilla, ...*"(Lo subrayado es propio) Por su parte respecto al cómputo de los días, en la cláusula 23.3.15 se dispuso: " *Todos los plazos expresados en días en el Artículo XXIII, deberán entenderse como días naturales.* " Sin embargo, el Tribunal resolvió: " **6) PLAZOS** *Por razones de equidad y para que las partes puedan ejercer sin trabas el debido proceso el Tribunal resuelve convertir en días hábiles aquellos que en el convenio*

*se establecen como naturales, pues el Centro está abierto al público únicamente en los mismos días y horas hábiles de los Tribunales del Segundo Circuito Judicial de San José y en consecuencia, si se mantienen los días naturales se reducirá en muchos casos la posibilidad de las partes de ejercer sus derechos. Esta modificación se acuerda de conformidad con la cláusula 23.3.12 del Convenio y 39 de la Ley RAC. ”, lo cual ratificó en la resolución número 003-04 de las 16 horas 30 minutos del 6 de mayo del 2004 (folio 292). Como puede apreciarse, tal cambio se inspiró en otorgarle a las partes más tiempo para que ejercieran sus derechos en debida forma, es decir, en aras de darle un cumplimiento cabal al principio del debido proceso –artículo 39 de la Ley RAC-. En todo caso, en ambos supuestos no se les causó indefensión alguna.*

También, los Tribunales Arbitrales y las propias partes admitieron ampliaciones, por ejemplo, del plazo para evacuar la prueba dispuesto en la cláusula arbitral. Esta práctica fue oportunamente avalada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, para la cual (Res. No. 000175-F-2006 de las nueve horas cincuenta y tres minutos del veintitrés de marzo del dos mil seis):

**VII.** A la luz de lo anteriormente descrito, el primer aspecto en que se sustenta el presente motivo de nulidad, no es de recibo. Las diversas ampliaciones del plazo para evacuar la prueba, ordenadas por el Tribunal Arbitral en apego a lo dispuesto en la cláusula arbitral (23.3.6), fueron aceptadas por el representante de la parte demandada, algunas veces de manera expresa (véase documento de folio 1014) y otras tácita, al no oponerse a esa decisión. Al respecto, debe recordarse que fue el apoderado especial arbitral de la actora quien, el 2 de junio del 2005, interpuso el recurso de revocatoria con nulidad concomitante contra la resolución número 16 de las 14 horas del 25 de mayo, en la cual se ampliaba el plazo para evacuar prueba por 16 días hábiles más.

Por consiguiente, al amparo del numeral 56 de la Ley RAC, le precluyó al recurrente el derecho de objetar, convalidando cualquier vicio procesal. Sin perjuicio de lo anterior, y a mayor abundamiento de razones, es oportuno indicar que la ampliación del plazo para evacuar prueba no conlleva, en el sub-arbitrio, que el laudo se dictara fuera del plazo. Como bien lo indicó el Tribunal Arbitral en la resolución número 17 de las 9 horas del 9 de junio del 2005, folio 1476, la cual, se insiste, no fue combatida por el señor Procurador, esa circunstancia sólo conlleva el impedimento de producir pruebas adicionales, sin demérito de la facultad del Tribunal, según los artículos 38 párrafo final de la Ley RAC y 331 del Código Procesal Civil, de requerir prueba para mejor

resolver. Es decir, lo que feneció fue el plazo para instruir el proceso. Al respecto, según se transcribió, la cláusula arbitral número 23.3.8, es clara al indicar que el plazo de dieciséis días para laudo empieza a correr una vez presentados los alegatos de bien probado. En consecuencia, de conformidad con el artículo 67 inciso a) de la Ley RAC, el laudo estaría viciado de nulidad si, una vez cumplido ese trámite, el Tribunal Arbitral lo dictara después de transcurridos, lo que no ocurrió en este caso, pues el plazo con que contaba el Tribunal Arbitral para laudar no se vio afectado por las diferentes prórrogas para evacuar la prueba ofrecida ordenadas por los señores árbitros.

Queda entonces por concluir, que como evidencia de la acogida de los modos no judiciales de solución de conflictos en el Derecho administrativo costarricense, tanto el cartel como el contrato de gestión interesada del Aeropuerto Juan Santamaría, han considerado vías de solución de conflictos no judiciales.

Para ello, se ha optado por reglamentar un procedimiento específico, dejando las normas de la Ley No. 7727 en un plano residual o supletorio, en especial, en aras de reducir aún más los plazos en que las partes y los árbitros deben cumplir con distintos actos procesales.

Una vez puesta en práctica tal regulación, quedó en evidencia lo excesivo de la reducción de plazos, lo cual condujo a que los Tribunales Arbitrales y las propias partes del contrato, optaran por ajustar tales reglas, en beneficio del derecho de defensa y del debido proceso en general.

La previsión de esta cláusula de solución de conflictos mediante vías no judiciales, marca un hito en el Derecho administrativo costarricense, por tratarse de uno de los contratos administrativos de mayor envergadura que haya suscrito aún a la fecha el Estado costarricense, circunstancia que refleja la creciente introducción de estos métodos de solución alterna de los conflictos en el Derecho público costarricense.

## **B.- Materia arbitrable**

Como lo ha señalado la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (Res. No. 1030-F-2005), en materia arbitral la competencia del Tribunal que conoce de la disputa, debe ponderarse a partir de dos distintas variables: lo que el acuerdo de arbitraje ha señalado que queda sometido a esa vía de solución de conflictos y lo que la ley califica como materia no arbitrable.

En efecto, para el citado Tribunal:

La competencia de un órgano decisorio, sea este judicial, o bien, como en el sub júdice, arbitral, es la facultad para poder dirimir un conflicto concreto. En los arbitramentos, esta viene otorgada de dos maneras. En primer orden, sólo habrá competencia sobre los aspectos y partes que se establezcan en la cláusula compromisoria o acuerdo arbitral. Además, un segundo supuesto es la imposibilidad de discusión de temas no susceptibles de arbitraje, tales como los derechos indisponibles. Dada la trascendencia de este poder de decisión sobre controversias litigiosas, su ausencia provoca la total imposibilidad, para el árbitro, de pronunciarse sobre los extremos de la demanda, reconvenición o sus contestaciones. Incluso, cuando el órgano decisorio por sí mismo se percate de su incompetencia, debe así indicarlo de oficio y dar por fenecido el proceso, manifestando a las partes cuál es el competente para conocer del asunto. En consecuencia, el dictado de un laudo por parte de un órgano incompetente, genera la invalidez absoluta de lo resuelto.

Una vez examinado el caso del Contrato de Gestión Interesada del Aeropuerto Juan Santamaría, es posible determinar la existencia de expresas alusiones en el propio contrato, a lo que las partes entendieron era arbitrable.

Se trata, por un lado, del aludido Artículo XXIII del Contrato, que como se ha visto, define como materia arbitrable, todas aquellas “*controversias que se produzcan con motivo de la interpretación, aplicación, ejecución de este Contrato o con la*

*validez o eficacia de los derechos, obligaciones y responsabilidades derivados de este contrato, incluyendo todo lo relativo a seguros, daños e indemnizaciones”.*

Ahora bien, en otra disposición del contrato, se hace expresa alusión a una controversia en específico, que también se considera materia arbitrable. Se trata de la cláusula 25.4, que a la letra dispone:

25.4 TERMINACION DEL CONTRATO DEBIDO A FUERZA MAYOR  
El CETAC podrá dar por terminado el Contrato si un Evento de Fuerza Mayor impide la ejecución de las obligaciones de este Contrato por más de ciento ochenta días después de ocurrido el Evento de Fuerza Mayor. En ese caso, el CETAC pagará al Gestor, en el plazo y sujeto a los mecanismos acordados por las Partes, únicamente la parte del Contrato efectivamente ejecutada y no amortizada, así como los gastos en que haya incurrido razonablemente en previsión de la ejecución total del Contrato. Asimismo, el Gestor tendrá derecho a solicitar la rescisión del Contrato luego de transcurrido el indicado plazo. En caso de rechazo por parte de CETAC de esta solicitud, cualquiera de las Partes podrá acudir a los procedimientos de resolución de disputas establecidos en el Artículo XXIII.

Como puede observarse, según se define en esta disposición contractual, de sobrevenir un Evento de Fuerza Mayor que haga que el Gestor solicite la “rescisión” del Contrato, en el caso de que el CETAC niegue su solicitud, cabrá la posibilidad de resolver tal diferendo por la vía de la conciliación o en su caso, del arbitraje. En realidad, la mención luce innecesaria, considerando los amplios términos en que el Artículo XXIII define las controversias susceptibles de ser resueltas mediante mecanismos no judiciales.

Al ponerse en práctica el acuerdo arbitral, existe evidencia de múltiples disputas que han sido consideradas arbitrables.

A modo de ejemplo, las siguientes controversias fueron objeto de resolución arbitral, sin que se discutiera su arbitrabilidad:

- Si el Gestor está o no obligado a construirle al Estado las oficinas del Órgano Fiscalizador y a dotarlo de las mismas o acondicionarlas, debiéndose examinar el derecho del Gestor a ser indemnizado por los daños y perjuicios que le ha generado la pretensión del CETAC en ese sentido;
- Si el CETAC incumplió el Contrato o no, al no actualizar en forma adecuada y oportuna el precio del contrato, tanto en lo referente a la fijación del costo real de las obras indicadas en la demanda, así como en la fijación de precios unitarios para las obras descritas (precios tope), así como por no haber trasladado las instalaciones de RECOPE y de COOPESA en los tiempos contractuales convenidos, lo cual ha encarecido el costo de las obras previstas en el contrato. Se discutió además, si el Gestor debía o no ser indemnizado por los daños y perjuicios que le ha ocasionado el supuesto incumplimiento contractual;
- Si el citado contrato establece o no como obligación del Gestor, la construcción de una subestación eléctrica, así como si le corresponde la responsabilidad de garantizar el suministro primario de electricidad a las instalaciones del Aeropuerto y a las obras previstas en el Contrato, y por ende la obligación de diseñar, construir, adquirir e instalar una nueva subestación eléctrica para estos efectos, debiendo, en su caso, indemnizar al Gestor los daños y perjuicios causados;
- Si el Estado está o no en la obligación de reconocer, como indemnización por concepto de “costos adicionales” los gastos en que incurrió el Gestor producto de la importación temporal y posterior utilización de la máquina de

pavimentación “Vöguele” ; así como otros gastos adicionales por la búsqueda del equipo, entrenamiento para el manejo de los mismos, modificación a los procedimientos de trabajo y la necesidad de maquinaria adicional de soporte;

- Si de acuerdo con la cláusula 16.3 del “Contrato para Gestión Interesada de Servicios Aeroportuarios en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría” y los principios de buena fe y equilibrio económico del contrato, debe reconocerse al Gestor reajustes de precios correspondientes al incremento del precio tope por cambios en el precio del asfalto y la emulsión asfáltica, en relación con los ítems 34, 41, 45, 49 y 50 del Apéndice E.1. del Contrato de Gestión Interesada.

Como puede observarse, típicamente, las controversias que se han examinado en la vía arbitral, se refieren a la existencia o inexistencia de determinados incumplimientos contractuales de una de las partes o bien, a la interpretación de las disposiciones del contrato, materia que cabe calificar, sin duda, como arbitrable, tanto desde la perspectiva del propio contrato, como de la de la Ley No. 7727.

En cuanto a lo último, no se ha tratado de discusiones que se refieran a la validez de un determinado acto administrativo, sino al incumplimiento eventual de determinadas obligaciones contractuales, debiéndose examinar, sucesivamente, el derecho a ser indemnizado.

Esto explica que, al menos en los casos examinados, no se haya generado una discusión relativa a la materia objeto de arbitraje.

### **C.- Materia no arbitrable**

La discusión en torno a la arbitrabilidad de una determinada controversia afloró, sin embargo, en al menos un caso, precisamente, el que mayor impacto ha ocasionado en la relación contractual.

En efecto, en ejercicio del acuerdo arbitral ya examinado, el Gestor optó por elevar al conocimiento de un Tribunal Arbitral, una controversia referida a un supuesto incumplimiento contractual en que incurrió el CETAC, al adoptar como suyo, un criterio de la Contraloría General de la República que vino a ocasionar un ajuste en el régimen tarifario dispuesto por las partes y que ocasiona claros perjuicios al Gestor.

En su pronunciamiento la Contraloría General de la República (DFOE-PO-1/2003 de 5 de marzo de 2003), censuró la labor cumplida en la revisión y aprobación de tarifas por parte del CETAC, al no haberse ajustado a la técnica, el Contrato y normativa aplicable.

En su oportunidad, el CETAC procedió a acatar las recomendaciones del Órgano Contralor en la fijación de las tarifas, con lo cual se generó un importante desajuste del balance financiero del Contrato.

De este modo, la el Gestor, al tomar el CETAC ese acuerdo, sin ofrecer una compensación simultánea, se produjo una modificación sustancial de las condiciones originales del Contrato que le causaron daños y perjuicios de tal envergadura, que ponen en entredicho su estabilidad financiera y la continuidad del proyecto.

Por su parte, el CETAC se limitó a aceptar los hechos base de la demanda y a argumentar que la responsabilidad exigida por el Gestor, deriva en realidad de lo

resuelto por la Contraloría General de la República, por lo que en su entendimiento, mediaba una falta de legitimación pasiva y falta de derecho.

El diferendo terminó siendo resuelto por el Tribunal Arbitral, mediante el laudo de las once horas del doce de noviembre del dos mil cuatro en el cual se acogió la excepción de falta de derecho.

Para ello, el Tribunal señaló, básicamente, lo siguiente:

En el expediente del arbitraje no consta expresamente, pero si de los escritos de demanda y contestación y de la prueba testimonial recibida, que ni la administración activa, ni la empresa interesada impugnaron ese acto, ni en la vía administrativa, ni en la jurisdiccional, por lo que es jurídicamente posible hablar de un acto firme; c) estando firme el informe contralor que, además, fue acogido en su totalidad por el CETAC según consta en el artículo décimo de la sesión extraordinaria 28-2003 del 13 de marzo del 2003, y siendo él la causa jurídica – legítima o no- que ha producido el debate sobre el equilibrio financiero del contrato suscrito entre el CETAC y Alterra, no puede el Tribunal Arbitral entrar a conocer de las pretensiones de las partes, mientras ese acto administrativo contralor no sea removido, lo que obviamente no puede hacerse en esta vía; d) para poder entrar al fondo del asunto el Tribunal requiere enjuiciar el informe contralor, para declarar si es un acto legítimo o ilegal; empero, ésta, no es materia que esté disponible para el arbitraje; e) si se califica, como presupuesto procesal, que lo que pretende Alterra es el reconocimiento de daños y perjuicios que se derivan de la conducta legítima de la Contraloría General de la República, estaríamos en presencia de una responsabilidad objetiva del Estado (persona jurídica) en los términos que se establecen en la Ley General de la Administración Pública, por lo que la vía que está disponible para las partes interesadas es la de la demanda de daños y perjuicios, que debe ser conocida por la Jurisdicción Contencioso Administrativa; f) por último, se estima que no es posible para este Tribunal enjuiciar si lo actuado por la Contraloría General de la República es lo correcto o no, puesto que según lo expresado carece de competencia para hacerlo. No prejuzga este Tribunal sobre la licitud

de lo actuado, ni califica la prueba que se ha producido en el proceso en tal sentido. El presupuesto jurídico que considera para emitir este laudo, es que el acto contralor es válido (ejecutorio) y surte efectos desde el momento en que se emitió y no se puede en la vía del arbitraje examinar la legalidad de ese informe.

La actora, no contenta con lo resuelto por el Tribunal Arbitral, optó por plantear un recurso de nulidad en contra del laudo, alegando entre otros vicios, la incompetencia del Tribunal.

Al conocer de tal alegación, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (Res. 1030-F-2005), se pronunció en voto mayoritario, en estos términos:

**III.-** La empresa actora aduce como **primer cargo** la incompetencia del Tribunal Arbitral, al amparo del artículo 67, incisos d) y g), de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social. En su parecer, incluso fue reconocido expresamente en el laudo, la controversia no era susceptible de ser sometida a arbitramento y el Tribunal carecía de competencia para resolverla. El fundamento que se dio atañe a la imposibilidad de anular un informe rendido por la Contraloría, al no estar incluida esta en la cláusula compromisoria. Además, aduce, tampoco cabe decidir sobre las pretensiones materiales de la demanda. Por consiguiente, el conflicto, señala, sólo podría dirimirse en la sede judicial, según lo expusieron los árbitros en su resolución. Pese a lo anterior, recrimina, en el laudo hay pronunciamiento sobre excepciones de fondo, lo cual es inadmisiblesi el Tribunal, según lo reconoció, carecía de competencia para conocer del asunto. Extracta las conclusiones dadas en el fallo, donde, en su criterio, se explica la improcedencia de la vía arbitral para el sub júdice. De tales se colige, concluye, que la falta de competencia total es evidente, sin que el Tribunal tuviera que echar mano de la prueba evacuada ni de otros criterios más que los constantes en el escrito de demanda. Por ende, este debió inhibirse de dictar el laudo. Pese a ello, reclama, los árbitros acogieron una excepción de falta de derecho que carece de conexión alguna con el tema de la incompetencia y, más bien, con el fondo debatido. Incluso, ello podría generar una cosa juzgada material sobre un conflicto cuyo fondo, en realidad, no se conoció. El yerro acusado, asevera, estriba en la nulidad de lo resuelto,

tanto del laudo como de su adición. El propio Tribunal, insiste, manifestó que el presupuesto jurídico para emitir el laudo era la validez y eficacia del informe de la Contraloría, sin que en el arbitramento pueda revisarse su legalidad.

**IV.- Sobre la competencia del Tribunal Arbitral.** La competencia de un órgano decisorio, sea este judicial, o bien, como en el sub júdice, arbitral, es la facultad para poder dirimir un conflicto concreto. En los arbitramentos, esta viene otorgada de dos maneras. En primer orden, sólo habrá competencia sobre los aspectos y partes que se establezcan en la cláusula compromisoria o acuerdo arbitral. Además, un segundo supuesto es la imposibilidad de discusión de temas no susceptibles de arbitraje, tales como los derechos indisponibles. Dada la trascendencia de este poder de decisión sobre controversias litigiosas, su ausencia provoca la total imposibilidad, para el árbitro, de pronunciarse sobre los extremos de la demanda, reconvencción o sus contestaciones. Incluso, cuando el órgano decisorio por si mismo se percate de su incompetencia, debe así indicarlo de oficio y dar por fenecido el proceso, manifestando a las partes cuál es el competente para conocer del asunto. En consecuencia, el dictado de un laudo por parte de un órgano incompetente, genera la invalidez absoluta de lo resuelto. No obstante, a juicio de esta Sala, en la especie no ha operado la falta de competencia del Tribunal Arbitral que se acusa. Lo anterior en razón de que al contrario de lo argumentado por la parte recurrente, el laudo no establece que la materia sometida al conflicto haya determinado la incompetencia de los árbitros. Más al contrario, se fundamenta en que para ingresar al análisis de fondo del objeto debatido, sería necesario abordar el examen de la legalidad del dictamen rendido por la Contraloría General de la República, por cuanto, las acciones que respecto de las tarifas aplicables al contrato de gestión interesada suscrito entre el CETAC y ALTERRA PARTNERS, adoptó el primero, se sustentan en ese criterio técnico. De esta manera, la base del rechazo de las pretensiones de la actora no es la incompetencia del Tribunal, sino que el oficio de la Contraloría, adoptado en función de sus potestades constitucionales de control y verificación de la materia de la contratación administrativa, era vinculante para la Administración. Ergo, según lo indica a folio 3872, es ese informe la causa jurídica que ha producido el debate sobre el equilibrio financiero del contrato, no obstante, ante el hecho incontrovertible de que no puede analizarse dentro del proceso actuaciones de terceros que no han suscrito el acuerdo arbitral, ese acto no puede ser objeto de valoración. La incompetencia que se manifiesta existe, es a propósito de la posibilidad de estudiar, dentro del proceso arbitral, si lo actuado por la Contraloría se ajusta Derecho o no. De ahí que como pilar del desarrollo de su resolución, el órgano arbitral

parte de la circunstancia de que el acto contralor es válido y eficaz desde el momento en que fue emitido, y que no se puede enjuiciar en esa instancia su legalidad. Ello se refleja con mayor claridad en el aparte de conclusiones cuando indica: “ *Las pretensiones asumen dos cosas: que esa interpretación era un hecho imprevisible e irrefragable y que causó un perjuicio a la parte actora. Empero, de todo lo que viene exponiéndose queda claro que no es así y que, por consiguiente, mientras ese informe no se anule, no es posible dar paso a una indemnización de daños y perjuicios que tendría por causa un vicio en dicho acto administrativo.* ” Desde este plano, las reflexiones que realiza el laudo respecto de la indisponibilidad para revisar mediante arbitraje de la legalidad del acto emitido por la Contraloría, examen que considera corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa (artículo 49 constitucional) y la correlativa incompetencia que les cubre en este aspecto en particular, no son extensibles al análisis de la excepción de la falta de derecho. Lo anterior en razón de que para resolver dicha defensa, lo que consideró fue la posibilidad de pronunciar una responsabilidad de la Administración sin anular el acto administrativo que habría determinado el daño. El hecho de que ese acto no pueda ser revisado en arbitraje, no infiere una falta de competencia para resolver si acude o no al actor el derecho para reclamar en este proceso, dentro del cuadro fáctico de la especie, los daños y perjuicios que ha padecido como consecuencia de un acto que considera, ha afectado su situación económica contractual. El análisis de aquel aspecto, solo sirve de presupuesto para dar base al pronunciamiento posterior, tal cual es, que los actos de la Administración se fundamentaron en un acto vinculante, emitido por la instancia que vigila la materia contractual pública (por imperio constitucional) y que le era de obligatorio acatamiento, por ende, en tanto vigente, no puede haber pronunciamiento sobre estos reclamos. Así visto, el cargo debe ser rechazado.

Por su parte, en voto salvado de la Magistrada Escoto Fernández, se señaló sobre ese extremo, lo siguiente:

La suscrita Integrante de esta Sala respeta pero disiente de las conclusiones a que arriba el fallo de mayoría, separándose de ese criterio y salva el voto con fundamento en las siguientes estimaciones.

I.- En este caso concreto se aduce por la empresa demandante como primer reproche la falta de competencia del Tribunal arbitral. La suscrita comparte del voto de mayoría lo esbozado sobre la competencia otorgada a un órgano decisorio, ya sea jurisdiccional o arbitral, este último es el que ocurre en el asunto de estudio, a saber de lo contenido en el considerando identificado como **IV** lo siguiente: “ *es la facultad para poder dirimir un conflicto concreto. En los arbitramentos, esta*

viene otorgada de dos maneras. En primer orden, sólo habrá competencia sobre los aspectos y partes que se establezcan en la cláusula compromisoria o acuerdo arbitral. Además, un segundo supuesto es la imposibilidad de discusión de temas no susceptibles de arbitraje, tales como los derechos indisponibles. Dada la trascendencia de este poder de decisión sobre controversias litigiosas, su ausencia provoca la total imposibilidad, para el árbitro, de pronunciarse sobre los extremos de la demanda, reconvencción o sus contestaciones. Incluso, cuando el órgano decisorio por sí mismo se percate de su incompetencia, debe así indicarlo de oficio y dar por fenecido el proceso, manifestando a las partes cuál es el competente para conocer del asunto. En consecuencia, el dictado de un laudo por parte de un órgano incompetente, genera la invalidez absoluta de lo resuelto”. A su vez, el Tribunal indica en el laudo que carece de la competencia para conocerlo, pues la resolución del conflicto, así como el acogimiento o rechazo de sus pretensiones, requiere del examen del citado informe de la Contraloría, sin que esta sea parte del proceso, al no estar incluida dentro del acuerdo arbitral. Incluso, aclara que la discusión debe plantearse en la vía judicial contencioso administrativa. Por consiguiente, la obligación de los árbitros era declarar su incompetencia y dar por terminado el proceso, desde el momento mismo en que se percataron de ese obstáculo. Lo anterior, a la espera de la conformidad o desacuerdo de las partes, así como la eventual decisión de esta Sala, para dirimir ese punto.

II.- Desde un principio, la controversia sometida a arbitraje, se contrajo a un reclamo de daños y perjuicios que ALTERRA hace al CETAC, por un pretendido incumplimiento del contrato de gestión interesada del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, originado en la adopción del criterio de la Contraloría General de la República, contenido en un informe del año 2003. El propio laudo, en su considerando tercero, denominado “ **Razón del arbitraje** ”, así lo expresa: “El conflicto planteado en esta sede arbitral por la firma actora ALTERRA en estricto sentido, se origina en el informe No. DFOE-OP-1/2003 que emitió el 5 de marzo del 2003 la División de Fiscalización Operativa y Evaluativo del Área de Servicios de Obra Pública y Transporte de la Contraloría General de la República, documento que el Órgano Contralor tituló “Informe sobre el Ajuste de Tarifas de los Servicios Prestados en el Aeropuerto Juan Santamaría correspondiente al Período 2002-2003” ... El CETAC ... dispuso acatar todas las disposiciones del Informe contralor, en razón de que por disposición expresa de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, esos pronunciamientos son de acatamiento obligatorio ... La parte actora alega que al actuar el CETAC de esa manera, produjo efectos directos y graves sobre el contrato de gestión interesada, puesto que la Contraloría General de la República obligó a la administración a desconocer obligaciones

*contractuales y legales, actos que generan daños y perjuicios que le deben ser reconocidos ...*". Luego, en el considerando identificado como décimo que titula: **"El acto administrativo contralor"** expuso: *"En el caso sometido sub arbitrio, la causa jurídica que produce el alegado desequilibrio del contrato suscrito entre las partes, como se ha expresado reiteradamente, deriva de un acto que se sustenta en el funcionamiento lícito y normal del Órgano de Fiscalización Superior ..."*. Entonces, la causa del alegado incumplimiento contractual, siempre se derivó de la observancia de la Administración al criterio del órgano contralor y no de otra. Si el Tribunal Arbitral es incompetente para analizar y decidir sobre la legalidad de lo actuado por la Contraloría, que es la génesis del conflicto entre las partes, tampoco existe la posibilidad de que se pronunciara sobre una responsabilidad de la Administración sin anular el acto administrativo, porque es de esa ilegalidad y no de otro origen, de donde se argumentó derivarse los pretendidos daños. Siendo así, no era dable conocer el fondo del asunto, ni pronunciarse sobre las excepciones sustanciales, como la de falta de derecho. El derecho es uno de los presupuestos fundamentales para la procedencia de una demanda, de manera conjunta con el interés actual de la pretensión y la legitimación tanto activa como pasiva de los litigantes. Son elementos revisables de oficio por el órgano decisorio, resultando claro que, el derecho, está referido al fondo de lo que se debate. Cuando el demandado interpone la excepción de falta de éste, ataca el sustrato material sobre el cual el demandante basa su pretensión. Por ende, indubitadamente dicha excepción solo podrá resolverse si va a aparejada del conocimiento del fondo discutido en el proceso. Lo mismo sucede con la excepción de falta de legitimación pasiva, en el tanto la misma implica si, respecto a lo sustantivo del debate, lo que se está reclamando en la pretensión le incumbe o no al demandado.

**III.-** Al recapitularse lo anterior, en primer lugar se tiene que la incompetencia impide a los árbitros continuar con el proceso y, con mayor razón, dictar un laudo dentro de este, donde debe ser de conocimiento del derecho material discutido. En segundo orden, que las excepciones de falta de derecho y de falta de legitimación pasiva conciernen al fondo del asunto, de manera meridiana e ineludible, por corresponder a la titularidad de lo pretendido y a la aptitud para responder por ello. Como consecuencia de lo anterior, si un órgano decisorio es incompetente, teniendo conciencia de ese impedimento para fallar, está totalmente impedido para dictar el laudo y verter un pronunciamiento sobre excepciones de fondo, que únicamente lo puede hacer un órgano que tenga competencia al efecto. La unidad lógica y temática de lo debatido, impide analizar sólo una parte de lo sometido al conocimiento del Tribunal Arbitral; y dejar de lado otro aspecto de suma importancia para la decisión adoptada. No era procedente entonces

afirmar por una parte que se carece de competencia para valorar la validez del dictamen rendido por la Contraloría General de la República, dejando entonces por sentada su validez y eficacia, para desde otro ángulo asumir la competencia del fondo del litigio que dependía irrevocablemente de la valoración de ese pronunciamiento. Resolver de manera contraria implica la nulidad absoluta de lo dispuesto en el laudo.

**IV.-** En el sub juez, pese a que el Tribunal manifestó ser incompetente para el caso concreto, en vista de que La Contraloría no era parte dentro del asunto, resulta improcedente que dicte el laudo y, más aún, se pronuncie sobre las excepciones de fondo. Lo anterior provoca la nulidad de lo resuelto a raíz de dos motivos. Uno es que el pronunciamiento por el fondo viene dado de un órgano sin la aptitud necesaria para tomar tal decisión. El segundo atañe a la grave indefensión provocada a las partes, pues, sin un análisis sobre si las pretensiones deben ser acogidas o rechazadas, con base en criterios de derecho sustantivo, hubo decisión sobre la ausencia de derecho y la presencia de legitimación pasiva, lo cual podría generar cosa juzgada material e impedir a los litigantes el debate de los mismos puntos ante el órgano decisorio que en realidad sea competente. A raíz de lo expuesto, estima la suscrita, se tendrá con lugar al cargo, decretándose la nulidad del laudo impugnado. En vista de lo anterior, por considerarlo innecesario, se omitirá pronunciamiento sobre los demás reproches planteados.

**V. -** Al tenor de lo explicado, se acogerá el recurso de nulidad interpuesto por Alterra, declarándose este con lugar y; en consecuencia anulándose el laudo arbitral dictado por el Tribunal Arbitral creado al efecto. Y también, al carecer de competencia dicho tribunal necesariamente la nulidad se extiende a las resoluciones que el voto de mayoría anula, sea las números 17-04 y 18-04, dictadas ambas el 18 de diciembre de 2004.

Como puede verse, el caso es especialmente ilustrativo en una problemática muy propia de los contratos administrativos y que bien puede presentarse en muchos otros casos más.

El desequilibrio financiero del contrato administrativo, es especialmente traumático en el marco de contratos basados en un modelo financiero como el Project Finance y que además son de largo plazo.

Como se ha visto, en este caso concreto tal desequilibrio ha sido causado por el hecho (resolución vinculante) de un tercero: la Contraloría General de la República. La solución encontrada por el Tribunal Arbitral, en realidad, no resolvió la controversia, quizá por centrarse en el origen del problema y no en sus remedios.

Es incontrovertible el argumento de que el hecho de un tercero, de por sí, órgano de relevancia constitucional, cuyos actos son vinculantes *ex lege*, no podrá ser objeto de arbitraje, en lo fundamental, por no ser parte del contrato en donde se convino el acuerdo arbitral.

Sin embargo, es claro que sí son arbitrables los actos contractuales del CETAC que lo ejecutan y en especial, su conducta omisiva en procura de una alternativa que equilibre la ecuación financiera del contrato.

Indistintamente de que lo decidido por la Contraloría General de la República pueda o no ser reputado como un hecho del Príncipe –para el Tribunal Arbitral, no lo es, por no ser imprevisible para las partes–, lo cierto es que ocasionó una manifiesta alteración del equilibrio económico del contrato, alteración que no fue atendida por el CETAC mediante medidas compensatorias.

La interrogante está entonces, en si en realidad, considerando sus contornos fácticos, el caso no podía ser resuelto por el fondo, es decir, si mediaban las aducidas limitantes para examinar el incumplimiento contractual alegado.

## **B.- El caso del Contrato de Prestación de Servicios para la Creación y Funcionamiento de Estaciones para la Revisión Técnica Vehicular**

El otro caso que interesa examinar se refiere, como se dijo, al Contrato de Prestación de Servicios para la Creación y Funcionamiento de Estaciones para la Revisión Técnica Vehicular, celebrado entre el Consejo de Transporte Público y el Consorcio Riteve-SyC, integrado por las empresas Trasal S.A. y Supervisión y Control S.A.

Dado que se trata también de un contrato de tipo administrativo, la relación contractual estuvo precedida por una licitación pública de naturaleza internacional, a la cual asistieron diversas empresas y consorcios, resultando adjudicada la oferta del Consorcio Riteve-SyC, integrado por las empresas Trasal S.A. y Supervisión y Control S.A. Interesa examinar, por ello, los términos en que se reguló el tema a nivel cartelario y el contenido que posteriormente se dio al acuerdo arbitral (A).

Finalmente, se debe examinar un caso concreto en que se hizo uso de la cláusula de resolución de conflictos, en el cual el Tribunal arbitral no pudo entrar a resolver sobre el fondo, en vista de la incompetencia declarada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en los términos en que se comentará seguidamente (B).

### **A.- Del acuerdo arbitral y sus antecedentes**

La Proveeduría Nacional del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, decidió iniciar un procedimiento para seleccionar una firma que se encargada de crear y poner en funcionamiento estaciones de revisión técnica integrada de vehículos.

Desde el inicio, el cartel definió dentro de las condiciones generales del pliego de condiciones, una expresa mención a los mecanismos de solución de diferencias entre las partes.

Efectivamente, en el punto 22 del apartado de Condiciones Generales del Cartel, se incluyó la siguiente disposición cartelar:

**22 SOLUCION DE DIFERENCIAS Y ARBITRAJE:**

22.1 La Administración y el Contratista harán todo lo posible por resolver en forma amistosa, mediante negociaciones oficiosas directas, los desacuerdos o diferencias que surjan entre ellos en relación con el contrato.

22.2. Si una vez transcurridos treinta días naturales desde el comienzo de las negociaciones oficiosas, la Administración y el Contratista no hubieran podido resolver amistosamente la diferencia contractual, cualquiera de las partes podrá pedir que sea sometida a los mecanismos de arbitraje o en última instancia a la vía jurisdiccional correspondiente.

22.3 En caso de someterse las controversias, conflictos o cuestiones que surjan en la aplicación del contrato a la decisión de un árbitro, se regirá por lo establecido en el artículo 508 y siguientes del Código Procesal Civil.

La solicitud de arbitraje debe presentarse a la otra parte, después de haberse vencido el plazo de treinta días otorgado en el aparte 22.2 anterior para la resolución de asunto en forma amistosa.

La decisión corresponde a un árbitro de derecho, árbitro arbitrador o perito, según convengan las partes, el cual será designado de común acuerdo. En el caso de no existir entendimiento en cuanto a dicha designación, después de ocho días calendario de iniciadas las conversaciones, será la Junta Directiva del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos, o de Colegio de Abogados de la República, según se trate de una materia de ingeniería o derecho, la que hará el nombramiento del árbitro o perito, como lo estime más conveniente. La decisión del árbitro o perito será definitiva, obligará a las partes, y no tendrá recurso alguno.

Visto este contenido del cartel, interesa destacar que también optaba por un procedimiento de solución de conflictos de tipo escalonado (Davis, 1999), en tanto,

como se ve, de previo a acudir al arbitraje, se instaura un procedimiento autocompositivo, al que se denomina “negociaciones oficiosas directas”.

Agotado ese recurso, el cartel plantea como la siguiente alternativa, el arbitraje. Lo hace, sin embargo, incorporando una variable de poco uso, como se comprobará a lo largo de esta sección del estudio, pero que luce claramente oportuna.

Tal y como se señala en el cartel, según sea la naturaleza de la disputa, podrán las partes acudir a un arbitraje pericial o de Derecho.

Lamentablemente, se trata de una práctica inusual en el campo de los contratos administrativos. Cuando se acude a la vía arbitral, suele pensarse que la única alternativa es que sea un arbitraje de Derecho, por estar de por medio una administración pública regida por el Principio de legalidad.

Sin embargo, lo cierto es que existen disputas cuya solución más adecuada podría encontrarse en arbitrajes técnicos o periciales, como los denomina nuestra legislación, en concreto los artículos 530 a 533 del Código Procesal Civil (Ley No. 7130), aún vigentes.

Como se comentará en el siguiente capítulo, este recurso no ha sido admitido en una incorrecta lectura de la normativa antes referida, que de forma expresa autoriza al Estado y sus instituciones a utilizar esta importante herramienta de solución de conflictos.

En todo caso, como se verá de seguido, el texto antes referido, fue sustancialmente modificado una vez que se formalizó la relación contractual entre las partes.

Efectivamente, una vez firme el acto de adjudicación y superados múltiples obstáculos que se presentaron en el camino, las partes formalizaron su relación contractual mediante el aludido Contrato de Prestación de Servicios para la Creación y Funcionamiento de Estaciones para la Revisión Técnica Vehicular, celebrado entre el Consejo de Transporte Público y el Consorcio Riteve-SyC, integrado por las empresas Trasal S.A. y Supervisión y Control S.A.

De dicho contrato interesa al estudio, tan sólo, los términos en que se convino la solución de los conflictos entre las partes, de modo que se logre contrastar con lo señalado en el cartel.

El contrato incluye la cláusula 11 denominada “Derecho aplicable y resolución de diferencias”, cuyo texto integral es el siguiente:

#### 11.- DERECHO APLICABLE Y RESOLUCIÓN DE DIFERENCIAS

##### 11.1. DERECHO APLICABLE

El presente contrato se rige por las normas y documentos descritos en el “marco jurídico” de este documento y, en particular, la LCA y el RGCA, así como la Ley de Tránsito.

11.1.1. **Compromiso general** El CONSEJO y el CONTRATISTA se comprometen a hacer todo lo posible para resolver en forma amistosa, mediante negociaciones officiosas directas, los desacuerdos o diferencias que surjan entre ellos en relación con la ejecución del servicio y lo dispuesto en este contrato; lo anterior sin perjuicio de las potestades que el Ordenamiento Jurídico confiere a la Administración.

11.1.2. **Comisión de Conciliación.** Para tales efectos, se constituirá una Comisión de Conciliación, compuesta por un representante del CONSEJO, un representante del CONTRATISTA y un tercer integrante designado de común acuerdo por las partes. Tal Comisión se establecerá a solicitud del CONSEJO o del CONTRATISTA, y quien lo solicite así deberá proponer, al presentar la solicitud, al miembro que le corresponde en la Comisión. La contraparte contará con un plazo de cinco días hábiles para designar su respectivo representante en la Comisión, contados a partir de la fecha de recepción de la citada solicitud. Si en dicho plazo no ha sido designado el tercer miembro que corresponde, ambas partes acuerdan que el nombramiento sea efectuado por el Centro Arbitral de la Cámara de Comercio de Costa Rica.

11.1.3 **Arbitraje.** Si una vez transcurridos treinta días naturales desde el comienzo de las negociaciones el CONSEJO y el CONTRATISTA no hubieran podido resolver amistosamente la diferencia en el seno de la Comisión de Conciliación, ambas partes acuerdan desde ya que ésta sea sometida en forma obligatoria a arbitraje de derecho, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 18, siguientes y concordantes de la Ley No. 7727, Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social. El plazo de treinta días a que alude este punto podrá ser prorrogado por común acuerdo de las partes.

11.1.4. El Tribunal Arbitral deberá ser colegiado, integrado por tres miembros de la forma en que lo disponen los artículos 28 y 29 de la Ley No. 7727. Deberá realizar su función con apego a los principios de contradicción, oralidad, concentración e informalidad, para lo cual celebrará las audiencias necesarias para recibir y evaluar cualquier tipo de prueba o presentar alegatos orales. En todo momento el Tribunal deberá comunicar y poner en conocimiento de la parte los criterios, documentos o informaciones que la otra le aporte.

11.1.5. Si ambas partes así lo solicitaran al Tribunal Arbitral, podrán suscribir un acuerdo que ponga fin a las diferencias sometidas a arbitraje, en forma total o parcial. Dicho acuerdo será registrado por el Tribunal en forma de laudo. El Laudo dictado bajo otras circunstancias se dictará por escrito, deberá estar debidamente motivado y ser comunicado a las partes, será definitivo, vinculante para las partes e inapelable, con excepción de los recursos de nulidad y de revisión previstos en la legislación.

11.1.6 Los procedimientos que aplique el Tribunal Arbitral serán de su libre escogencia, siempre y cuando se respete lo dispuesto en el Ley respectiva, ya citada, y el presente contrato. En lo no previsto expresamente en este contrato, regirá lo dispuesto para el arbitraje en la Ley No. 7727.

De previo a comentar el contenido de esta cláusula, cabe señalar que ésta ocasionó especial atención de la Contraloría General de la República durante el trámite de refrendo del contrato (Oficio N° 07168 (DI-AA-1793)), lo cual llevó al siguiente señalamiento:

“Con respecto a la cláusula décima novena que regula la posibilidad de acudir a arbitraje en caso de conflicto, se debe indicar que existen dos aspectos esenciales para someter un asunto a arbitraje, dispuestos por el artículo 18 de la Ley No. 7727. Primero su patrimonialidad, sea que el asunto en conflicto debe referirse a un elemento meramente patrimonial; y por otra parte, se debe dar la disponibilidad, significa que el objeto en conflicto desde un sentido amplio no debe ser de naturaleza exclusiva e intransferible de una de las partes, lo que concretamente para la Administración significa que no puede poner en arbitrio el ejercicio propio de sus potestades.

En cuanto a este aspecto, se debe tener presente, que las cláusulas exorbitantes que deriven de las potestades de imperio son irrenunciables y no se pueden comprometer en un arbitraje. (...)

Así las cosas, esa Administración deberá tener claras las limitaciones del arbitraje como mecanismo para ventilar las eventuales controversias que puedan surgir en la ejecución de los contratos administrativos.

Aún más, debe considerar que la utilización de ese mecanismo puede traer consigo la eventual nulidad del mismo, si no se acatan los aspectos propios del Derecho Público”

Como puede observarse, si bien no se encontró motivo para establecer la ilegalidad de la cláusula, si se encontró para predeterminar los límites que estima el Órgano Contralor que imperan en esta materia, sobre lo cual se entrará en detalle en el siguiente capítulo. De hecho, el señalamiento se reiteró luego, en el oficio de ese mismo órgano No. 7168 (DI-AA-1793), en donde en definitiva se otorgó el refrendo contralor al contrato.

Centrando ahora la atención en el contenido de la cláusula, la primera consideración que cabe formular, es que al igual que en el caso de la incluida en el Contrato de Gestión Interesada del Aeropuerto Juan Santamaría, en éste se ha diseñado un procedimiento de solución de controversias de tipo escalonado que en apariencia involucra tres distintos niveles: negociación; conciliación y arbitraje.

Sin embargo, al incurrirse en una confusión técnica, en realidad, se trata de dos niveles, dado que se confunde la fase de negociación con la de conciliación. Es

decir, se entiende que son sinónimas. La negociación se lleva a cabo en medio de la fase de conciliación.

En efecto, como se puede observar, si bien se alude a la obligación de las partes de intentar resolver los conflictos de forma amistosa, “*mediante negociaciones oficiosas directas*” (11.1.1), luego se dispone que “*para tales efectos*”(11.1.2) las partes deberán constituir una “Comisión de Conciliación” Ad Hoc.

La redacción de la cláusula delata una importante serie de confusiones conceptuales. Se sabe que la negociación difiere conceptualmente de la conciliación. Con la primera se alude a un proceso de interacción en el cual las partes persiguen, directamente, un acuerdo que logre satisfacer sus respectivos intereses.

A diferencia de la negociación, en la conciliación se genera la intervención de un tercero que propone una solución al conflicto, pero que no está en capacidad de imponerla. Son las partes quienes en última instancia deciden si aceptan o no la solución aportada por el tercero –conciliador-.

Como se ha visto, a pesar de estas diferencias conceptuales, en la cláusula en comentario se confunde la negociación con la conciliación, en tanto se dice que el proceso de negociación oficiosa directa, se implementa mediante una “Comisión de Conciliación” (11.1.2), cuyo papel, ha de suponerse, porque no se dice en la cláusula, será el de tercero que propone un acuerdo, pero que no podría imponerlo.

¿Cuál es el procedimiento a seguir por parte de esa Comisión, durante la fase de conciliación extraprocesal prevista?

No existe regulación alguna, como tampoco la hubo en el caso de la Gestión Interesada antes referida, circunstancia que revela el desconocimiento de la figura y lo aconsejable que resulta acudir a los mecanismos institucionales de conciliación y arbitraje que ponen a disposición los centros autorizados por el Ministerio de Justicia.

Por otra parte, no parece muy apropiado que la tarea de conciliación se atribuya a un órgano colegiado. Todo indica que esa tarea debería ser atribuida a una única persona, no así a un órgano colegiado como lo señala la cláusula, circunstancia que bien podría estar sustentada en una nueva confusión, esta vez, entre conciliación y arbitraje.

El transcurso del plazo de treinta días naturales contados a partir del inicio de las “negociaciones” –sic- (11.1.3), hace que se tenga por agotada esta fase, sin perjuicio de que las partes decidan ampliarlo de mutuo acuerdo.

De no ser ese el caso, cabe acudir al segundo nivel del procedimiento de solución de conflictos previsto por la cláusula, es decir, el arbitraje regido por las disposiciones de la Ley No. 7727.

Cabe caracterizar el arbitraje elegido por las partes para solucionar sus conflictos, como un arbitraje que sólo podrá ser de Derecho.

Se abandona en la cláusula, la feliz idea de admitir arbitrajes periciales o técnicos, según fuera la naturaleza del conflicto.

Por otra parte, se trata claramente de un arbitraje Ad Hoc, no así institucional, si bien, a diferencia del caso de la Gestión Interesada, en este no se entra a reglar detalladamente el procedimiento a seguir en el curso del arbitraje, sin perjuicio de

las menciones que se hacen a los principios de contradicción, oralidad, concentración e informalidad, de por sí previstos también por la Ley No. 7727.

Como se adelantó, ya en un caso se intentó acudir a la vía arbitral para resolver un conflicto entre las partes de este contrato, caso en el cual se generó un gris antecedente que se comentará seguidamente.

#### **B.- De la incompetencia declarada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia**

De conformidad con lo señalado por el contrato, la recuperación de las cuantiosas inversiones necesarias para poner a funcionar un sistema de revisión técnica vehicular en todo el territorio nacional, así como los costos operativos, se produce mediante el cobro de tarifas a los usuarios del servicio por parte del contratista de la administración licitante.

La definición de tales tarifas está sujeta, según el contrato (cláusula 9.4) a un procedimiento de actualización que prevé mecanismos ordinarios y extraordinarios.

En el curso de la ejecución contractual, se produjo un diferendo entre las partes, en tanto el Consejo de Transporte Público –administración pública que suscribió el contrato-, incumplió su deber de definir la metodología de cálculo de los referidos ajustes tarifarios.

Una vez elevada la disputa a la vía arbitral, surgieron diversas discusiones en torno a su arbitrabilidad, sin perjuicio de una duda sobre la capacidad jurídica del Consejo referido para participar en un proceso de esa naturaleza.

En un primer momento, esto generó una opinión jurídica de la Procuraduría General de la República (OJ-080-2004), así como el conocimiento y resolución de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de un alegato de incompetencia formulado en medio del proceso arbitral (Res. No.906-A-04 & No. 343-A-05).

Interesa examinar, en un primer momento, la aludida opinión jurídica de la Procuraduría General de la República, que si bien califica la disputa como inarbitrable, si avaló la capacidad jurídica del Consejo de Transporte Público para ser parte de un proceso arbitral. Sobre esto último, señaló:

Es claro, entonces, que a la luz del Derecho Público costarricense resulta admisible que los órganos desconcentrados que, a su vez, cuentan con personalidad jurídica instrumental, administren sus recursos de manera independiente al ente público al cual pertenecen y puedan, por supuesto, suscribir los contratos administrativos que requieran para la realización de los fines que han motivado su creación. Véase que en la sentencia transcrita, la Sala Primera les reconoció, inclusive, la capacidad jurídica para ser parte en los procesos judiciales, de forma independiente del Estado. Conforme con lo expuesto, es evidente que el Consejo de Transporte Público sí tenía capacidad para suscribir, a través de su representante legal, el *Contrato de prestación de servicios para la creación y funcionamiento de estaciones para la revisión técnica integrada vehicular*, con el Consorcio RITEVE-SYC. Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 11 del contrato en referencia, las partes se comprometieron a hacer todo lo posible para resolver en forma amistosa los desacuerdos o diferencias que surgieran entre ellas en relación con la ejecución del servicio y lo dispuesto en el contrato, sin perjuicio de las potestades que el ordenamiento jurídico le confiere a la Administración. Asimismo, las partes se comprometieron a someter obligatoriamente a arbitraje de derecho aquellas diferencias que no pudieran resolver amistosamente. En ese sentido, siendo que el Consejo de Transporte Público –como una derivación de la personalidad jurídica instrumental conferida por el legislador- ostenta capacidad jurídica para contratar, en consideración de la Procuraduría –en principio- no existe impedimento legal alguno que le impida ajustar su conducta a lo establecido en el contrato suscrito con la empresa RITEVE-SYC, incluyendo lo referente a la cláusula arbitral. En otras palabras, el citado Consejo puede ser parte activa en un proceso de arbitraje.

En lo que se refiere a la disputa, en la misma opinión jurídica (OJ-080-2004), la Procuraduría estimó que se trataba de un diferendo no susceptible de ser conocido en la vía arbitral. Para ello, en síntesis, estimó lo siguiente:

Conforme se podrá apreciar, la Contraloría General de la República, en los pronunciamientos transcritos –que esta Procuraduría comparte-, es clara en el sentido de que la fijación tarifaria del servicio de revisión técnica de vehículos es una potestad conferida por ley al MOPT (artículo 20 de la Ley de Tránsito), quien a su vez la ha delegado en el Consejo de Transporte Público.

Lo anterior implica que la fijación tarifaria del servicio en cuestión no puede ser el resultado de una libre negociación entre las partes contratantes, sino el ejercicio de una competencia pública, que debe establecerse con posterioridad a los estudios técnicos que determine la Administración y en la cual se debe atender, principalmente, a los costos y gastos reales de la prestación del servicio que interesa, manteniendo eso sí, el equilibrio económico-financiero de la relación contractual.

(...)

Como bien señala la Procuraduría, la fijación tarifaria constituye una potestad exclusiva del Estado y, en ese sentido, resulta irrenunciable, imprescriptible e intransferible. En otras palabras, no es una materia de libre disposición por parte de la Administración y, en consecuencia, no podría ser sometida a arbitraje.

El razonamiento, *a priori*, luce indiscutible... Sin embargo, bastaría hurgar tan sólo un poco en la teoría del arbitraje y de la indisponibilidad de las potestades administrativas, para entender que se trata en realidad de un razonamiento erróneo.

Cuando se somete a arbitraje una disputa referida a una potestad administrativa, no se delega, como parece entenderse, la potestad. Aún más, la paradoja reside, en este caso, en que el dilema que confrontaba a las partes, no era la pretensión de que la Administración delegara esa potestad, más bien, era que la ejerciera conforme al Derecho. Es decir, el conflicto derivó de una conducta omisiva, precisamente, del ejercicio de la potestad administrativa de fijación tarifaria.

De este modo, si la pretensión en el arbitraje hubiese sido –que en el fondo lo era–, obtener un laudo declarativo de un incumplimiento contractual, consistente en la omisión de definir una metodología de cálculo de las tarifas por servicios de revisión técnica, ¿cómo podría entenderse que se trata de materia no arbitrable, en tanto tal definición atañe a una potestad administrativa indelegable de la administración?

¿Es que acaso se está entendiendo que al conocer un tribunal arbitral de tal disputa, está delegándose en éste el ejercicio de esa potestad?

Al igual que no lo estaría haciendo el juez de lo contencioso administrativo que conociera de esa misma disputa, es evidente que el Tribunal Arbitral no lo hubiese hecho tampoco. Su tarea se reduce a evidenciar si en el caso hubo o no un incumplimiento contractual de parte de la administración, al no ejercer esa potestad que es claro, no pretende arrogarse ni el contratista ni menos aún el Tribunal arbitral.

Sobre este malentendido se volverá en detalle en el capítulo siguiente. Quede por ahora planteada tan sólo la problemática.

Para sorpresa, al menos del suscrito, la misma Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia terminó cayendo en idéntico malentendido, aprovechando quizá, la imprecisión técnica del contratista al momento de definir lo pretendido en el proceso arbitral. En efecto, la Sala decidió acoger la incompetencia que el Tribunal arbitral había rechazado, ratificando su reticencia sustentada en dogmas jurídicamente insostenibles –mal congénito- al arbitraje en Derecho administrativo.

Se dispuso por parte de la Sala Primera, lo siguiente:

## CONSIDERANDO:

I.- Con base en el numeral 38 de la Ley Sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, compete a esta Sala decidir, por vía de apelación, sin trámite adicional alguno y sin ulterior recurso, sobre la competencia del Tribunal Arbitral, sin perjuicio de que el tema pueda también ser examinado como causal de nulidad del laudo, cuando por la naturaleza de la discusión o por otra circunstancia no fuere posible resolver el conflicto interlocutoriamente. Esta Sala, por resolución de las 16 horas del 21 de junio del año 2000, correspondiente al Voto N° 177-A-00.BIS, en relación al tema dispuso:

"VIII. La norma tiene justificación en la incorporación del principio de kompetenz-kompetenz, que se atribuye al derecho francés según el cual el tribunal arbitral tiene competencia para conocer acerca de su propia competencia, lo que se traduce en el aforismo, el juez de la acción es el juez de la excepción. En virtud de esa regla el Tribunal debe examinar, al igual que los jueces ordinarios su competencia para conocer el asunto concreto sometido a su conocimiento, bien sea de oficio o por gestión de parte y de considerar que es incompetente declararlo así. Tal incompetencia puede estar referida a la materia objeto de controversia o la misma conformación, inscripción y habilitación del tribunal arbitral, incluso a la forma en que debe resolver el Tribunal, si es de derecho o de equidad."

II.- En el caso bajo estudio, el apelante objeta lo resuelto, argumentando, en lo medular, la incompetencia del Tribunal Arbitral, para avocarse a tramitar este proceso. Así, refiere, en lo conducente, que el objeto del mismo, no es lo que erróneamente refiere el Tribunal: "un mero examen del cumplimiento o incumplimiento de obligaciones contractuales" por parte del CTP concernientes a su obligación de carácter contractual de diseñar una metodología de reajuste de tarifas, en un plazo dado y con un determinado contenido; sino, que lo pretendido se enfoca a: "... sustituir las potestades legales de acción de la Administración en materia tarifaria", a saber, "la del Estado de fijar las tarifas para la actividad de revisión técnica vehicular.". Y, en criterio del apelante, ello no es materia disponible al arbitraje, pues como fundamenta con los criterios de la Procuraduría General de la República, cuanto de la Contraloría General de la República, que menciona, estima que: "... La administración posee potestad de imperio para la fijación de las tarifas de revisión técnica", y "una fijación tarifaria conlleva todo un procedimiento, no es solamente una acción, sino una serie de acciones, no es un asunto que se produzca en forma aislada, por el contrario, se tiene que dar todo un proceso para llegar al fin último que corresponde a la fijación de la misma, por ende es potestad

de imperio del Consejo de Transporte Público todo el proceso que se tiene que desarrollar a la fijación de la tarifa.”.

III.- En su demanda, Riteve SYC, S.A., aduce el contenido del acuerdo arbitral, plasmado en la relación de las cláusulas numeradas 11.1.1 y 11.1.3, que se refieren a la “Solución de Diferencias y Arbitraje”. Tales, ciertamente contienen ese acuerdo al prever que corresponde resolver por dicha vía: “... los desacuerdos o diferencias que surjan entre ellos – las partes- en relación con la ejecución del servicio y lo dispuesto en este contrato; lo anterior sin perjuicio de las potestades que el Ordenamiento Jurídico confiere a la Administración”.

Asimismo, la demandante pretende que el laudo declare:

“1. Que RITEVE, el CTP y el MOPT, suscribieron el CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PARA LA CREACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE ESTACIONES PARA LA REVISIÓN TÉCNICA INTEGRADA VEHICULAR, CELEBRADO ENTRE EL CONSEJO DE TRANSPORTE PÚBLICO Y EL CONSORCIO RITEVE SyC. 2. Que el citado contrato contiene como uno de sus principios fundamentales el de mantener el valor real de las tarifas ofertadas. 3. Que el CTP y el MOPT incumplieron con su obligación contractual de diseñar, aprobar y publicar, antes del 28 de septiembre del 2001, un procedimiento especial para los reajustes del precio del contrato, que contenga una METODOLOGÍA para el cálculo de la actualización de las tarifas que cobra RITEVE, en el marco del contrato, por la prestación del servicio de revisión técnica vehicular. 4. Que el CTP y el MOPT incumplieron el Contrato al no actualizar en forma oportuna el precio del contrato, es decir, las tarifas que RITEVE cobra por el servicio que presta (Cláusula 9.4 del Contrato). 5. Que los incumplimientos en los que han incurrido el CTP y el MOPT son incumplimientos graves. 6. Que el Tribunal Arbitral declare cuál es la metodología correcta que debía aplicarse contractualmente, conforme a las estipulaciones del contrato y a los principios constitucionales, para reajustar los precios ofertados a su valor real, de manera que se respete el equilibrio económico y financiero del contrato. 7. Que el CTP y el MOPT (el ESTADO) deberán indemnizar in integrum a RITEVE, mediante pago directo, los daños y perjuicios que le han ocasionado con su incumplimiento consistentes en: a) el monto que RITEVE dejó de percibir desde julio del 2002 y hasta el 30 de abril del 2004, por concepto de la diferencia existente entre la tarifa establecida y la que hubiere correspondido percibir si el CTP y el MOPT hubiesen cumplido con sus obligaciones contractuales y constitucionales de: a) fijar oportunamente la metodología para la actualización de

tarifas, conforme a la cláusula 9.4 (dentro de los tres meses siguientes al refrendo del contrato); b) actualizar las tarifas al momento de arranque del servicio (el 15 de julio del 2002); y c) actualizar las tarifas, por lo menos en forma anual, conforme lo establece el contrato en la cláusula 9.4 (enero del 2003 y enero del 2004). Dicho monto se estima en DOS MIL CUATROCIENTOS CATORCE MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y DOS COLONES . b) el monto correspondiente a los costos financieros derivados de la percepción de sumas menores a las que debió percibir, conforme al equilibrio financiero y económico que debe tener el contrato. Esos costos ascienden al 30 de abril del 2004, a la suma de QUINIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO CINCUENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS UN COLONES CON 00/100. c) el daño moral objetivo, que se estima en TRESCIENTOS MILLONES DE COLONES CON 00/100 , el cual oportunamente será fijado por un perito actuario matemático. d) la pérdida de oportunidades de negocios, que se estima en la suma de CIENTO MILLONES DE COLONES CON 00/100. La suma correspondiente al monto que RITEVE dejará de percibir, desde el primero de mayo del año en curso y hasta el 31 de diciembre del 2004, por concepto de la diferencia existente entre la tarifa establecida y la que hubiere correspondido percibir si el CTP y el MOPT hubiesen cumplido con sus obligaciones contractuales y constitucionales de: a) fijar oportunamente la metodología para la actualización de tarifas, conforme a la cláusula 9.4 (dentro de los tres meses siguientes al refrendo del contrato); b) actualizar las tarifas al momento de arranque del servicio (el 15 de julio del 2002); y c) actualizar las tarifas, por lo menos en forma anual, conforme lo establece el contrato en la cláusula 9.4. (enero del 2003 y enero del 2004). Dicho monto, de ser así necesario, será liquidado en ejecución de sentencia. 8. Que el CTP y el ESTADO deben pagar a favor de RITEVE las costas personales y procesales del presente proceso arbitral, consistente en: a) Costos administrativos del proceso arbitral. b) Honorarios del Tribunal Arbitral. c) Costos por evacuación de pruebas y audiencias del proceso, incluida la pericial. d) costas personales, las cuales se fijarán en suma líquida conforme a la tabla de honorarios de los profesionales en derecho, establecida por el Colegio de Abogados y contenida en decreto ejecutivo. e) Cualesquiera otros gastos que genere el proceso, incluidos honorarios por estudios de preparación de la demanda, de índole legal, técnico, financiero y contable. 9. Que el CTP y el ESTADO, deberán pagar intereses legales sobre los montos de la condenatoria, desde la fecha del laudo definitivo y hasta el momento de su efectivo pago a favor de

RITEVE. 10. Que en caso de que el CTP, el MOPT o el Estado no presupuesten el pago de las sumas indicadas por la condenatoria del laudo, en el siguiente presupuesto ordinario o extraordinario correspondiente al CTP y/o al Estado, este no podrá aprobarse ni ejecutarse. 11. De conformidad con la Ley 7727 del 9 de diciembre de 1997, el Tribunal Arbitral incluirá cualesquiera otra disposición necesaria para facilitar la ejecución del laudo, aunque no haya sido pedida expresamente” (sic).

IV.- No ignora esta Sala, la disposición de la Administración de someter algunas de sus tantas controversias de carácter patrimonial con los administrados, a la solución alterna del arbitraje, al amparo del artículo 18 de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, No. 7727 del 9 de diciembre de 1997, ni las bondades de ese mecanismo, de lo que también da cuenta el Tribunal Arbitral, cuando hace referencia tanto histórica como normativa a la figura. Sin embargo, lo anterior tiene un límite, porque no puede someterse a arbitraje el ejercicio de potestades de imperio, que son irrenunciables, imprescriptibles e intransmisibles, según lo establece en forma expresa y clara el artículo 66 de la Ley General de la Administración Pública, aunque de su ejecución pueda derivarse consecuencias patrimoniales. A diferencia del órgano arbitral, para esta Sala los alcances de la normativa costarricense que permite o promueve el que la Administración utilice el arbitraje, entre ellos, el artículo 43 constitucional, no deben interpretarse con la benignidad que se sugiere, cuando se trate de materia indisponible. Sin que implique pronunciamiento alguno relativo a la cuestión de fondo que se discute, sólo en aras de solucionar el problema de competencia surgido, es del caso definir la naturaleza jurídica de los requerimientos solicitados, con el fin de examinar si las pretensiones objeto del proceso arbitral, llevan o no a delegar en el Tribunal Arbitral potestades de imperio de la Administración, las cuales, como se explicó supra, por su naturaleza son indelegables.

V.- Corresponde al Estado, como parte de su función pública, establecer las medidas adecuadas para la circulación por las carreteras de los vehículos automotores, incluyendo lo relativo a su correcto funcionamiento mecánico, a través -entre otros- del sistema de la revisión técnica, estableciendo el artículo 20 de la Ley de Tránsito, que el pago de la revisión será cubierto por los propietarios de los vehículos, según lo establezca el Ministerio de Obras Públicas y Transportes con fundamento en estudios técnicos. En consecuencia, la fijación de dicha tarifa es una potestad estatal, lo mismo que sus reajustes y actualizaciones, por ser de la misma naturaleza, no siendo un elemento consensual del contrato. Si el ejercicio de esa potestad pública es

intransferible e irrenunciable, no puede ser objeto de un proceso arbitral, aunque por supuesto, no escapan al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

VI.- Del estudio de las peticiones de la demanda, no le cabe duda a esta Sala, que el objeto del proceso arbitral no se constriñe exclusivamente a determinar si el CTP incumplió su obligación de diseñar una metodología de reajuste de tarifas (no de precio) y su posible responsabilidad en el pago de los eventuales daños y perjuicios derivados de esa omisión, porque aunque el Tribunal Arbitral trate de reducir todo el problema a la determinación de si existe un incumplimiento contractual o no, de las pretensiones esgrimidas en la demanda, se aprecia que ellas superan tanto en calidad como en cantidad, a las que alude. Nótese que en el punto sexto de la petitoria, se le solicita al Tribunal Arbitral que declare cuál es la metodología correcta que debe aplicarse para reajustar las tarifas originales (aunque se diga "precio") a su valor real, y con base en esa metodología (petitoria séptima), determinar la diferencia entre la tarifa vigente y la que "hubiere correspondido percibir si el CTP y el MOPT hubiesen cumplido con sus obligaciones contractuales y constitucionales...", a ser retribuida como daños y perjuicios, para lo cual, los árbitros tendrían que pronunciarse y sustituir a la Administración en el diseño del mecanismo de reajuste, lo cual es materia indisponible. La declaratoria de incumplimiento contractual, que contienen las petitorias primera a quinta, no son más que el fundamento donde descansa la pretensión sexta y de ésta, depende la indemnizatoria, por lo que todo está ligado inexorablemente al diseño de la metodología de reajuste de tarifas, pronunciamiento que escapa el objeto de un proceso arbitral, porque de permitirse, se estaría incurriendo una sustitución de potestades legales que solo competen en su exclusivo ejercicio a la Administración, o a los Tribunales Jurisdiccionales comunes en su potestad de control de la función administrativa.

VII.- No está de más advertir, que ya la Jurisprudencia Constitucional, cuanto los mismos dictámenes de la Procuraduría General de la República y la Contraloría General de la República, todos de carácter vinculante para la Administración, relativos al tema en cuestión, y de los cuales el propio apelante cita ejemplos, hacen mención al carácter indelegable de la potestad legal que aquí interesa, y de la indisponibilidad de someter al examen de árbitros, materias como tributos, dominio público, seguridad, orden público y salud entre otras. Por el contenido de tales criterios y lo demás aquí sustentados, es que se estima que el compromiso arbitral suscrito entre las partes no alcanza ni comprende los aspectos que aquí interesan, ya que permitirlo violentaría el ordenamiento jurídico, por el carácter

irrenunciable e indelegable a un Tribunal Arbitral del ejercicio de potestades públicas.

POR TANTO : Se revoca la resolución apelada N° 008-04 de las 15 horas del 19 de agosto del 2004, y en su lugar se dispone que el Tribunal Arbitral es incompetente para conocer de cualquier controversia surgida entre las partes con ocasión de la interpretación y aplicación de la normativa de orden público que el CPT ha de crear para mantener o renovar la metodología de reajuste de tarifas que le liga en el contrato con la empresa Riteve SyC y mucho menos para crearla. En lo demás se confirma.

Conociendo de la adición y aclaración de ese fallo pedida por la actora, la Sala resolvió:

#### CONSIDERANDO

I.- Los licenciados Jorge E. Castro B., Hernando París y Fernando Mayorga Castro, en su calidad de apoderados especiales judiciales de la actora, entre varias razones enlistadas, en lo sustancial y pertinente, basan su gestión motivados en que la competencia que le atribuyen al Tribunal Arbitral Ad-Hoc, se fundamenta en que no se pretende sustituir a la Administración en sus potestades de imperio, sino, tan sólo: "... se le indemnice por daños y perjuicios por no haber definido y puesto en ejecución una metodología que permita a la empresa tramitar los reajustes de sus tarifas a todo lo largo del período de ejecución contractual.". Además, porque con fundamento en el criterio vertido por la Sala Constitucional en su sentencia N° 2004-11856, de las 15 horas 42 minutos del 26 de octubre próximo pasado, -que en lo propio "anuló parcialmente el informe de la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa del Área de Servicios de Obra Pública y Transporte de la Contraloría General de la República N° DFOE-OP-25/2003 del 31 de octubre del 2003, en cuanto le imputa incumplimientos al Consorcio Riteve S y C a la fecha de inicio de operaciones y excluye los componentes propuestos por esta empresa sin habersele concedido audiencia alguna"- se posibilita, en su criterio, al Tribunal Arbitral para que "... calcule el cuántum de los daños y perjuicios provocados a la empresa -si así lo considera procedente en el ejercicio de sus facultades- con base (total o parcialmente) en una metodología conocida, diseñada y aprobada por el Consejo de Transporte Público, ante lo cual devendría innecesario que dicho Tribunal tenga que definir una vía metodológica para el cálculo de los daños y perjuicios

provocados a nuestra representada.”. Por otra parte, solicitan se adicione o aclare la decisión de la Sala en dirección a armonizarse con ese criterio, en su defecto se revise el citado pronunciamiento en los términos que prevé el ordinal 619, inciso 2) del Código Procesal Civil.

II.- En interpretación del artículo 158 del Código Procesal Civil, esta Sala reiteradamente ha resuelto que la aclaración y adición sólo proceden respecto de la parte dispositiva del fallo, y lo resuelto con ocasión de la apelación planteada no es oscuro ni omiso, pues simplemente se limitó a revocar la resolución recurrida, dando los fundamentos claros y exactos que justificaban tal decisión. En todo caso, en aquélla oportunidad se explicó de manera precisa las razones por las que se resolvió de esa forma y a diferencia de lo alegado, esta Sala analizó profusamente las razones por las cuales a la luz de la normativa aplicable en la especie, no se mantuvo la competencia del referido Tribunal para dirimir el conflicto suscitado entre las partes aquí litigiosas. Sin embargo, la Sala estima oportuno mencionar que cuando se refiere a la confirmación “en lo demás” del pronunciamiento originalmente impugnado, está aludiendo únicamente a la estimación de la defensa de incompetencia relativa alegada por el Estado, no así en lo concerniente al rechazo de la defensa de litis pendencia alegada por el CTP, pues ello escapa al examen de lo venido en alzada. No está por demás señalar que, con vista de las pretensiones esbozadas en la demanda y literalmente transcritas en el Considerando III del auto de esta Sala que ahora se impugna, se aprecia, contrario a como se afirma, que sí se pretende sustituir las facultades de imperio que la Administración está llamada a ejercer en forma exclusiva en el ámbito del régimen tarifario. La estimación de tales pretensiones sería imposible, sin antes establecer la metodología para el reajuste tarifario que la actora echa de menos y, no tendrían sustento, si el Tribunal no se avocara primero a elaborar la misma, la cual, ya se dijo, no le compete al Tribunal establecer por no ser un elemento consensual del contrato, habida cuenta de la naturaleza potestativa y de imperio que la Administración ejerce al fijar, reajustar y actualizar las tarifas para la revisión vehicular. Consecuentemente, sin ese parámetro no ve esta Sala la posibilidad de que el Tribunal pueda ponderar la indemnización que pudiese derivarse de aquél y que reclama en su demanda. Por ende, al ser las demás pretensiones derivaciones del eventual resultado que arrojaría el establecimiento de la metodología venida a menos, en la forma como están planteadas resultarían infundadas, hasta tanto no se establezca por la Administración la correspondiente. La interpretación que se hace del voto de la Sala Constitucional N° 2004-11856, de las 15 horas 42 minutos del 26 de octubre próximo pasado, por desconocerse a qué es lo que en concreto está aludiendo cuando se refiere a la “exclusión de los componentes propuestos por esta

empresa”, no alcanza, como se sugiere, para que se posibilite al Tribunal Arbitral calcular la indemnización reclamada. Y, la circunstancia de que el Consejo de Transporte Público en su sesión ordinaria 40-2003 del 21 de octubre del 2003, haya aprobado una metodología como la pretendida, la cual estaba sujeta a la publicación y al análisis del Departamento Legal del mismo con ocasión de la emisión del informe DFOE-OP-25/2003 de la Contraloría General de la República, y que por el mencionado voto se anula parcialmente, no es suficiente para con sustento en aquella metodología pueda el Tribunal avocarse a realizar los cálculos indemnizatorios reclamados, pues, como bien refieren los propios gestionantes, la misma no ha sido puesta en vigencia.

III.- Refuerza lo anterior, lo dicho en el Considerando VI de la resolución que se recurre, en la que expresamente se dijo: “ VI.- Del estudio de las peticiones de la demanda, no le cabe duda a esta Sala, que el objeto del proceso arbitral no se constriñe exclusivamente a determinar si el CTP incumplió su obligación de diseñar una metodología de reajuste de tarifas (no de precio) y su posible responsabilidad en el pago de los eventuales daños y perjuicios derivados de esa omisión, porque aunque el Tribunal Arbitral trate de reducir todo el problema a la determinación de si existe un incumplimiento contractual o no, de las pretensiones esgrimidas en la demanda, se aprecia que ellas superan tanto en calidad como en cantidad, a las que alude. Nótese que en el punto sexto de la petitoria, se le solicita al Tribunal Arbitral que declare cuál es la metodología correcta que debe aplicarse para reajustar las tarifas originales (aunque se diga “precio”) a su valor real, y con base en esa metodología (petitoria séptima), determinar la diferencia entre la tarifa vigente y la que “hubiere correspondido percibir si el CTP y el MOPT hubiesen cumplido con sus obligaciones contractuales y constitucionales...”, a ser retribuida como daños y perjuicios, para lo cual, los árbitros tendrían que pronunciarse y sustituir a la Administración en el diseño del mecanismo de reajuste, lo cual es materia indisponible. La declaratoria de incumplimiento contractual, que contienen las petitorias primera a quinta, no son más que el fundamento donde descansa la pretensión sexta y de ésta, depende la indemnizatoria, por lo que todo está ligado inexorablemente al diseño de la metodología de reajuste de tarifas, pronunciamiento que escapa el objeto de un proceso arbitral, porque de permitirse, se estaría incurriendo una sustitución de potestades legales que solo competen en su exclusivo ejercicio a la Administración, o a los Tribunales Jurisdiccionales comunes en su potestad de control de la función administrativa.”.

IV.- El planteamiento simultáneo del recurso de revisión resulta improcedente, ya que éste sólo es admisible contra aquellos pronunciamientos firmes con autoridad de cosa juzgada material, y únicamente en los casos taxativos que prevé el ordinal 619 del Código Procesal Civil, los cuales no pueden ampliarse por paridad de razón o de circunstancias. Estas operan a su vez como requisitos de admisibilidad, pues si el recurso no está comprendido en alguna de ellas, se debe disponer su inadmisión, conforme lo ordena el numeral 624 ibídem. Resulta notorio que el auto aquí impugnado por esta vía carece de tal efecto.

V.- En consecuencia, la adición y aclaración pedidas, cuanto la revisión solicitada se declaran sin lugar. Se advierte que, los aludidos remedios procesales no pueden utilizarse para que en su respuesta deba esta Sala dar explicaciones a aspectos adicionales a lo sometido a su conocimiento. Notificada esta resolución, remítase de inmediato el expediente al Tribunal de donde provino (artículo 97 del Código Procesal Civil).

**POR TANTO**

Se declara sin lugar la adición y aclaración pedidas, cuanto la revisión intentada.

No cabe duda que el pronunciamiento delata lo que Fernández Rozas (2005) califica como “*reticencias anti-arbitraje*” de los tribunales togados.

Si bien, como se ha dicho, este –triste- antecedente será objeto de evaluación adelante, es preciso tan sólo adelantar algunas ideas.

El razonamiento de la Sala podría resumirse así: la potestad de definir una metodología de tarifas de los servicios de revisión técnica, es una potestad de imperio, que por ello resulta indelegable. En vista de esa circunstancia, dado que uno de los seis puntos de la pretensión deducida en juicio arbitral (el sexto), se dirige a que el Tribunal Arbitral declare cuál es la metodología correcta que debe aplicarse para reajustar las tarifas originales, se considera que se pretende con ello sustituir a la administración en esa tarea, por lo que todo lo debatido es

inarbitrable. Es decir, las cinco restantes pretensiones también lo son, al contaminarse de inarbitrabilidad...

Cabe preguntar: ¿y el Principio pro arbitraje? ¿Y la lectura pro arbitraje impuesta por el artículo 43 constitucional? ¿Que tal si el Tribunal arbitral al conocer de la demanda, hubiese simplemente denegado el punto sexto de la pretensión, por no ser de su competencia definir la metodología?

¿No hubiese sido posible declarar, en su caso, el incumplimiento contractual y condenar en abstracto al pago de daños y perjuicios estimables una vez definida la metodología por parte de la administración?

¿Se hubiese de esa forma vulnerado el desorbitado Principio (dogma) de indelegabilidad de las potestades administrativas en que sustenta la Sala su resolución? Es claro que ello no hubiese sucedido.

La diferencia se encuentra en el modo en que se analicen los casos: con un sesgo anti-arbitraje, o bien, con un sesgo pro-arbitraje. Es claro, por todo lo dicho hasta ahora, que el sesgo constitucionalmente autorizado es el último, muy a pesar de lo resuelto en este caso.

## ***II.- LA CLÁUSULA DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA***

Como se ha anticipado ya en el primer capítulo del estudio, uno de los ámbitos en los cuales ha tenido mayor auge el instituto arbitral, ha sido el campo de los convenios de cooperación público-privados.

Con el objeto de verificar si esa es la misma situación que se presenta en el medio costarricense, se optó por evaluar con detalle tanto la legislación imperante en la materia (1), como la praxis administrativa (2).

Como se verá, el protagonismo de las cláusulas de resolución de conflictos en este tipo de contratos, tal y como sucede en otros medios, no se ha dejado esperar, si bien podría pensarse que aún no se ha alcanzado suficiente madurez y familiaridad, ni por parte de los concesionarios, ni por parte de la Contraloría General de la República, como tampoco por parte del legislador.

### **1.- Base normativa**

Los modelos contractuales de delegación de servicios públicos con obras públicas, han ido reafirmando que el interés público puede resultar satisfactoriamente garantizado, mediante la intervención del particular en el desarrollo de infraestructuras públicas.

Estos modelos, en contraste con el régimen clásico de desarrollo de la obra pública, *“son diseñados y ejecutados como coparticipaciones públicas/privadas, con financiación procedente del sector privado y con una eficiencia que sirve verdaderamente al interés público”* (ONUDI, 1999).

Como se ha explicado ya, típicamente, en estos esquemas de desarrollo de infraestructura, se implementa toda una red contractual que involucra a inversionistas, contratistas, prestamistas y empresas relacionadas con la actividad, por lo cual, resulta de marcado interés que la normativa que los regula, contenga disposiciones relativas a la solución eficiente de las controversias que pueden derivar de ese plexo contractual.

Según se ha establecido por la CNUDMI (2000), en estos proyectos, se ha estado acudiendo cada vez más al arbitraje para resolver las controversias. Para esa

organización, la *ratio legis* que está detrás de esta tendencia, consiste en el hecho de que estos proyectos atañen al interés público, lo cual hace imperiosa la disposición de mecanismos que eviten la interrupción de las obras o de los servicios en virtud de una tardía resolución de los conflictos entre el Estado y los concesionarios (CNUDI, 2000).

La tendencia es tal, que ha logrado permear, inclusive, en el medio francés, el cual puede caracterizarse, *urbis et orbe*, como el más reticente al arbitraje en Derecho administrativo.

De hecho, se ha entendido que este ajuste normativo, representa la primera vez en el Derecho francés, en que se ha superado el principio de prohibición de arbitraje en Derecho administrativo de modo integral, para toda una categoría de contratos administrativos (Audit, 2004).

El ajuste se produjo, a propósito de la puesta en vigor de la Ordenanza No. 2004-559 del 17 junio de 2004, relativa a los contratos de cooperación público privado, así como a partir de la reforma del artículo L. 1414-12 del Código general de las Colectividades Territoriales.

Para Audit (2000), ambas normas innovan en dos distintas direcciones: la subjetiva, en tanto quedan autorizadas todas las personas públicas a acudir en el mercado de estos contratos, a acuerdos de solución alterna de los conflictos, y la objetiva, en tanto la autorización legal ha sido amplia, dado que opera para toda la categoría de contratos administrativos de cooperación público privados, no así, para uno solo de éstos, como había sucedido en otros casos (Eurodisneyland, Eurotúnel).

De hecho, el mismo autor describe esta situación, como un “îlot d’arbitrabilité” en medio de la tradicional prohibición de arbitraje en este campo.

El mecanismo ideado por el legislador francés para generar ese espacio de arbitrabilidad, ha consistido en disponer la obligatoriedad de la inclusión de cláusulas compromisorias, en todo contrato de cooperación público privada.

Como refiere Audit (2000), apoyándose en Richer (2004), la obligatoria inserción de cláusulas en ciertos contratos administrativos, es una práctica legislativa cada vez más usual. Para este último autor, esa práctica legislativa tiene como propósito proteger a las administraciones públicas de sus propios yerros, de modo que si bien no se define el contenido de las cláusulas, si se impone su obligatoriedad.

En el caso costarricense, cabe destacar que la ley de la materia (No.7762) incluye sendas disposiciones en que se alude al arbitraje.

La primera norma es el artículo 4 de la ley, según la cual, *“El cartel del concurso **deberá** autorizar la vía del arbitraje como solución alterna a los tribunales de justicia”*.

Por otra parte, en el artículo 15 se hace una nueva alusión al arbitraje, a propósito de la enunciación de los derechos de la administración concedente, uno de los cuales es *“b) Acordar, respetando las reglas del debido proceso, el rescate de la concesión cuando así lo impongan razones de interés público. En los casos de los incisos b), c) y d) del artículo 60.1, antes de entrar en posesión de la concesión rescatada, la Administración concedente deberá indemnizar al concesionario por los daños y perjuicios causados, los cuales se determinarán conforme a la cláusula arbitral citada en el artículo 39 de esta ley”*.

En clara congruencia, al momento de aludir a los derechos del concedente, el legislador, en el artículo 17, señala que dentro de los derechos del concesionario, se encuentra *“d) Plantear ante la Administración concedente el reclamo pertinente*

*cuando se encuentre en un caso de imposibilidad de cumplimiento, por medidas generales o económicas adoptadas por los poderes del Estado con posterioridad al contrato; para ello se estará sujeto a lo que disponga en la cláusula arbitral del contrato de concesión”.*

El citado artículo 39 de la misma ley señala que *“En el contrato **podrán** fijarse cláusulas de resolución alterna de conflictos para resolver controversias o diferencias producidas con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o surgidas de su ejecución. Esta cláusula se regirá por la legislación vigente sobre la materia.”*

Por su parte, el artículo 48 de la misma ley dispone expresamente que *“1.- Por acuerdo entre el concesionario y la Administración concedente o decisión unilateral de esta, motivada en razones de interés público, podrán modificarse las características de las obras y los servicios contratados; se compensará al concesionario con las indemnizaciones necesarias en caso de perjuicio. Previa aprobación de la Contraloría General de la República, las indemnizaciones serán fijadas por acuerdo mutuo entre las partes y, a falta de acuerdo, se recurrirá a la cláusula arbitral prevista en el contrato. La indemnización podrá expresarse en el plazo de la concesión, las tarifas, los aportes de la Administración concedente o cualquier otro régimen económico de la concesión, para lo cual podrán utilizarse uno o más factores a la vez.”*

Como se ve, a pesar de algunas imprecisiones técnicas, el recurso al arbitraje es intenso y hasta masivo y reiterado, tal y como ha sucedido en la praxis administrativa a la cual se hará referencia adelante.

De este modo, si bien a diferencia de lo que sucede en el modelo francés, no cabría señalar que la inclusión de la cláusula compromisoria en los contratos de

concesión de obra pública, sea obligatoria por disposición legal, lo cierto es que la reiterada alusión a arbitraje en que incurre el legislador costarricense, deja en evidencia su especial predilección por la vía arbitral para solventar conflictos en este campo, circunstancia que se ha visto reflejada en la praxis administrativa, como se ha dicho.

Desde mi perspectiva, el artículo 4 antes aludido, representa la autorización legal para las administraciones públicas de incluir desde el propio cartel, “... *la vía del arbitraje como solución alterna a los tribunales de justicia*”, mientras que el artículo 39 representa la autorización legal para que, de modo discrecional, las administraciones concedentes puedan fijar en el contrato, “...*cláusulas de resolución alterna de conflictos*”. De este modo, como complemento de la autorización dispuesta por la Ley RAC (No. 7727), se incorpora una adicional autorización *ex lege*, en un claro intento por superar cualquier restricción al respecto.

En cuanto a la materia arbitrable, es notorio el interés del legislador de evitar un enfoque reduccionista. De este modo, por un lado, además de las autorizaciones legales antes referidas, se adopta una postura amplia que admite el arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos relativos a “...*la interpretación o aplicación del contrato de concesión o surgidas de su ejecución...*” (Art.39).

Ahora bien, dado que también es típico que las controversias que se suscitan en estos contratos, sean “... *las relacionadas con posibles violaciones del acuerdo en la etapa de construcción, en la explotación de la infraestructura o a raíz de la expiración o rescisión del acuerdo del proyecto*” (CMUDI, 2000), además de la referida cláusula general del artículo 39, el propio legislador se ocupó de prever la solución arbitral de cierto tipo de conflictos que puede aflorar a propósito de la alteración o extinción de la relación contractual.

Se trata, en concreto, de aquellas disputas que deriven de la estimación de los daños y perjuicios ocasionados al concesionario, producto del rescate de la concesión por decisión de la administración concedente (Art. 15 b)).

Igualmente, es el caso de aquellos reclamos pecuniarios que podría formular el concesionario, en caso de que sobrevenga una imposibilidad de cumplir con sus obligaciones contractuales, como producto de medidas generales o económicas tomadas por los Poderes del Estado con posterioridad al contrato (Art. 17 d)).

Por último, es el caso también, de la disputa patrimonial que podría aflorar como producto del ejercicio consensual o unilateral de *ius variandi* por parte de la administración concedente (Art. 48).

Considerando esa base normativa, reiterada vía reglamentaria, cabe ahora analizar la praxis administrativa del Consejo Nacional de Concesiones, evaluando para ello, los contratos en fase de ejecución.

## **2.- La praxis del Consejo Nacional de Concesiones**

El Consejo Nacional de Concesiones ha sabido entender con claridad, el interés de la previsión de las cláusulas de solución alterna de conflictos, al grado que en todos los casos en que se ha impulsado algún proyecto, se ha aludido a los modos de solución de conflictos no judiciales.

De hecho, en su oportunidad y a propósito de cuestionamientos del Órgano Contralor en fase de refrendo, dicho Consejo se vio en la necesidad de detallar el por qué del interés de estos acuerdos.

Se dijo en ese sentido, en oficio No. 20050074 del 24 de febrero de 2005 suscrito por la entonces Secretaria Ejecutiva del Consejo, lo siguiente:

... debe considerarse la enorme importancia que tienen (sic) el instituto de la solución alterna de conflictos para las entidades que financiarán el proyecto, al extremo que la carencia del compromiso arbitral posiblemente impediría a los concesionarios obtener el financiamiento por parte de los Bancos por cuanto a éstos no les interesa correr el riesgo de tener que acudir a un juicio contencioso administrativo de décadas en el que estén de por medio poniendo en serio riesgo la recuperación de préstamos. De esta forma, prácticamente se vaciaría el contenido del contrato de concesión de obra pública, que por su propia naturaleza, requiere de un elevado nivel de créditos y, conjuntamente, las seguridades necesarias para los financistas.

Como se logra evidenciar con claridad, existe a lo interno del Consejo Nacional de Concesiones, no así en la Contraloría General de la República, un claro convencimiento del interés de la previsión de una cláusula o acuerdo arbitral en todo contrato de concesión, lo cual explica la praxis que se describirá de seguido, al examinar los casos de la concesión de la carretera San José-Caldera (A); la concesión del corredor San Ramón-San José (B), así como las concesiones del manejo de carga del Puerto de Caldera y de la terminal granelera (C), en donde, en todos los casos, ha existido una permanente preocupación por establecer acuerdos de solución de conflictos de modo no judicial, si bien, quizá no con el acierto jurídico deseado.

#### **A.- La concesión de la carretera San José Caldera**

El Estado promovió, en su oportunidad, la Licitación Pública Internacional No. 01-98 con precalificación de empresas, con el objeto de concesionar el proyecto vial San José-Caldera.

Una vez firme el acto de adjudicación, se procedió a suscribir el respectivo contrato de concesión que incluyó en el Capítulo IX, la cláusula 9 de "Solución de diferencias". Dicho contrato, junto con su primer addendum, fue oportunamente

refrendado por la Contraloría General de la República (Oficio No. 08619, DI-AA-1929).

Según se señala en la cláusula 9.1, la conformación de una Comisión Técnica de Conciliación integrada por un profesional designado por el Consejo Nacional de Concesiones, un profesional designado por el Concesionario y el tercero, designado por común acuerdo de las partes.

De acuerdo con lo dispuesto en esa cláusula,

Los procesos formales para la resolución de una disputa no podrán iniciarse sino hasta que: -i- la Comisión concluya de buena fe que no es probable que ocurra una resolución amigable a través de la continuación de discusiones informales sobre el asunto; o -ii- treinta días después de emitirse la solicitud inicial de convocar la Comisión.

Por su parte, en la cláusula 9.2, se regula lo que llama el contrato, la “Cláusula arbitral”. Se dispone al respecto, lo siguiente:

### **9.2. Cláusula arbitral**

Las controversias relacionadas con este contrato, que no puedan ser resueltas por la Comisión Técnica de Conciliación dentro del plazo de treinta días luego de solicitado el establecimiento de la Comisión, se someterán a un arbitraje obligatorio que se regirá por el procedimiento establecido en el “Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados”, ratificado por Costa Rica mediante Ley No. 7332 del 30 de marzo de 1993, y, en lo que no esté regulado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones se aplicarán, supletoriamente, por las disposiciones de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos No. 7727 del 14 de enero de 1998. No obstante lo anterior, en todos los casos, el procedimiento de arbitraje tendrá lugar en San José de Costa Rica, y el idioma de los documentos y las actuaciones será el Español. De igual forma, los plazos para las actuaciones y resoluciones serán los establecidos en el procedimiento arbitral que figura como Anexo 6 de este Contrato. En todo caso se seguirá lo dispuesto por el inciso 3) del artículo 27 de la LGAP.

De seguido, se entra a regular una excepción al procedimiento de solución de diferencias antes examinado, mediante el punto 9.3 que señala:

### **9.3 Excepción al procedimiento de solución de diferencias**

Se exceptúa de lo dispuesto en este capítulo los asuntos que, por ley, deba resolver la ARESEP, en cuyo caso se seguirán los procedimientos legales establecidos por la ley de la ARESEP y la LCOP y sus respectivos reglamentos. Asimismo, se exceptúan aquellos otros casos en los que las partes acuerden someterse a un procedimiento distinto o en los que el Cartel de la Licitación y este contrato han establecido un procedimiento para tomar o ejecutar las decisiones y en los que el Concesionario tiene oportunidad de exteriorizar sus puntos de vista o ejercer su derecho de defensa.

A pesar de que este modelo de solución de controversias, como se verá, luego fue modificado a propósito de un Addendum posterior, es preciso hacer algunos comentarios al respecto.

El primero es que como en los casos antes examinados, se convino una cláusula de solución de conflictos de tipo escalonado (Davis, 1999), al grado que se señala que los procesos formales para la resolución de una disputa, no podrán iniciarse sino hasta que: -i- la Comisión concluya de buena fe que no es probable que ocurra una resolución amigable a través de la continuación de discusiones informales sobre el asunto; o -ii- treinta días después de emitirse la solicitud inicial de convocar la Comisión.

Como es claro, se refuerza el recurso de la solución amigable de los diferendos, mediante la intervención de la aludida Comisión Técnica de Conciliación. Cabe censurar, sin embargo, la definición temporal que se hace: si treinta días después de emitirse la solicitud inicial de convocar la Comisión, no se ha llegado a un acuerdo, se tiene por desechada la alternativa autocompositiva.

Según se ha señalado con razón (Ducarouge, 1996), la conciliación devora tiempo, en tanto «*Qui dit conciliation dit dialogue, et le dialogue n'est pas moins consommateur de temps que la recherche de la solution contentieuse...*». Cabe además reiterar acá, lo señalado en torno a la inconveniencia de una comisión conciliadora tripartita. Por la naturaleza de su papel, optar por atribuir la función de facilitador de la solución del conflicto a un órgano colegiado, podría ser contraproducente, al hacer más compleja la interacción con las partes. Si en realidad lo que se quiere no es imponer una solución, lo propio es, más bien, optar por un único conciliador.

En lo que a la regulación del arbitraje se refiere, también es preciso hacer algunos comentarios con relación a los términos en que originalmente se reguló.

Como se ha visto, de no lograrse un acuerdo por la vía de la conciliación, se dispuso que los conflictos deberían ser sometidos “a un arbitraje obligatorio”, regido en su procedimiento, por el establecido en el “Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados”, ratificado por Costa Rica mediante Ley No. 7332 del 30 de marzo de 1993. En caso de laguna, se aplica, supletoriamente, las disposiciones de la Ley No. 7727. Se alude, además, a un procedimiento arbitral que figura como Anexo 6 del Contrato.

Una primera observación es que no cabe más que censurar la expresión “arbitraje obligatorio” que se utiliza, en tanto además de no ser técnicamente la apropiada, conduce a algunos, como se ha visto, a ver en este acuerdo, un vicio de inconstitucionalidad.

Como se ha insistido, sólo es obligatorio aquel arbitraje impuesto *ex lege*. Los arbitrajes antecedidos por la voluntad de las partes de resolver por esa vía sus conflictos, lejos están de poder tener esa condición. Lo que si se produce, son

tanto el efecto positivo y negativo de todo acuerdo arbitral, de modo que sólo podrán resolverse las disputas mediante arbitraje, excluyéndose la justicia estatal. Como cualquier otra cláusula contractual, el acuerdo arbitral es de obligado cumplimiento de quienes lo han suscrito, lo cual hace innecesario e inapropiado calificarlo como obligatorio.

Ahora bien, es preciso referirse también al Anexo 6 del contrato, el cual en realidad no es más que la transcripción íntegra de las Reglas procesales aplicables a la iniciación de los procedimientos de conciliación y arbitraje, conocidas como “Reglas de Iniciación” y de las Reglas procesales aplicables a los procedimientos de arbitraje, conocidas como “Reglas de Arbitraje” ambas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

Se trata, con todo, de un acuerdo arbitral atípico en el cual, a pesar de no tratarse de un arbitraje institucional regido por las Reglas CIADI, se decide regir el procedimiento arbitral, mediante las reglas del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, así como por las Reglas de Iniciación y de Arbitraje del CIADI.

Es claro que esta podría ser una decisión negociada. Probablemente, la concesionaria deseaba que las diferencias se resolvieran mediante un arbitraje institucional ante el CIADI, regido por ello conforme a sus reglas. Sin embargo, ha sido política del Consejo Nacional de Concesiones, que los arbitrajes sean de carácter doméstico y ad hoc, regidos por las disposiciones de la Ley No. 7727, considerando las comentadas disposiciones legales en la materia.

Ante esa situación, probablemente se negoció una alternativa intermedia, pero que parece claro, de haberse implementado, ocasionaría múltiples dificultades en su puesta en práctica.

A propósito de la redacción de un segundo Addendum, la Contraloría entró a conocer una nueva petición de refrendo por parte de la administración. Al pronunciarse, en esta nueva oportunidad, (Oficio No. 08545, (DI-AA-1613)), se hizo una expresa alusión en torno al acuerdo arbitral.

Se dijo al respecto, lo siguiente:

(...) debe tenerse presente que la posibilidad de acudir a una resolución alternativa de conflictos en ajustes tarifarios, será única y exclusivamente en aquellos aspectos que no impliquen el ejercicio de potestades de imperio, tal y como lo establece el artículo 18 de la Ley 7727 “Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social”, en concordancia con el artículo 66 de la Ley General de Administración Pública, so pena de tenerse por nulo el laudo arbitral que se llegare a dictar.

Más tarde, como resultado de la cesión del contrato de concesión que decidió la concesionaria a favor de un tercero, se redactó entre el concedente y la nueva concesionaria, un tercer Addendum mediante el cual, entre otros asuntos, se replanteó el mecanismo de solución de controversias, dejándose sin efecto alguno el Anexo 6 del Contrato original.

Este nuevo clausulado viene encabezado por el siguiente señalamiento:

## **9. Solución alternativa de disputas**

### **9.1. Solución de disputas y legislación aplicable**

El contrato se rige por las normas y principios del ordenamiento jurídico administrativo de Costa Rica.

Las Partes convienen que las diferencias o conflictos que surjan entre ellas se resolverán obligatoriamente de la siguiente forma y orden de prelación:

En sede administrativa se resolverán mediante los procedimientos administrativos regulados por el Contrato o por la Ley General de la Administración Pública, según se indique en el Contrato a la ley, salvo en los casos en que el Contrato o la Ley de Concesión de Obra Pública, expresamente autoricen a las Partes para someter el asunto a un

arbitraje sin haber agotado la vía administrativa. El inicio de un procedimiento arbitral autorizado por el Contrato no suspende los derechos de la Administración Concedente, la ejecutoriedad de sus actos administrativos, ni sus potestades de imperio.

Cualquier otra diferencia relacionada con el Contrato, su ejecución, incumplimiento, resolución o determinación de daños y perjuicios, lo mismo que la impugnación a lo resuelto en sede administrativa, que sólo pueda resolverse en sede judicial por haberse agotado la vía administrativa, se resolverá mediante conciliación o arbitraje, en los términos que se dirán y según los términos del Contrato y lo dispuesto por la Ley sobre la Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, No 7727 del 4 de diciembre de 1997.

Sucesivamente, se incluyen otras regulaciones. La primera se refiere al procedimiento de conciliación, que pasa a ser facultativo (9.2). Por otra parte, se incluye una cláusula arbitral (9.3), en donde se dispone, entre otras cosas, que el arbitraje será de Derecho y regulado por el propio Contrato y la Ley RAC (No. 7727). Además, se entra a regular el procedimiento y características del arbitraje, finalmente, se regula (9.5) la exclusión de los conflictos referidos a tarifas dispuestas por la ARESEP.

En su conjunto, el resultado de esta regulación genera enormes dudas y contradicciones, que empiezan a presentarse desde la propia cláusula 9.1 antes transcrita.

Como se ha visto, se pretende implantar, de nuevo, un modelo escalonado (Davis, 1999) de solución de conflictos, si bien no se ha acertado a la hora de definir sus distintos niveles.

La cláusula 9.1 introduce de modo errático, una variable claramente innecesaria, es decir, lo que se denomina “la sede administrativa”, a la cual agrega luego, como segundo nivel, la conciliación –contradictoriamente de carácter potestativo- y como tercer nivel, el arbitraje –que se insiste en mal llamar obligatorio-.

Es claro, en vista de los términos en que se ha regulado este Capítulo del contrato, que de ser necesario hacer uso de este clausulado, a futuro aflorarán dificultades para aclarar la vía idónea para resolver determinados conflictos, en tanto, según se ha visto, se dispone de modo errático que, “en sede administrativa” se resolverán “*los procedimientos administrativos regulados por el Contrato o por la Ley General de la Administración Pública*”, si bien se señala también que podrá acudir al arbitraje, “*sin haber agotado la vía administrativa*”, cuando el “*Contrato o la Ley de Concesión de Obra Pública, expresamente autoricen a las partes para someter el asunto a un arbitraje sin haber agotado la vía administrativa*” (¿?).

Se introduce de esa forma, disposiciones que solo generan confusión y dificultades para discriminar cuándo podrán las partes acudir al arbitraje y cuándo deberán “*agotar la vía administrativa*”. A esto agréguese que acto seguido, en la cláusula 9.2, se dispone que “*para las cuestiones que no puedan resolverse en sede administrativa de conformidad con los términos del Contrato, las partes, de previo a acudir a un proceso arbitral, podrán facultativamente acudir a la vía de conciliación*”...

Para terminar de consolidar la confusión e incerteza jurídica, en la cláusula 9.3 se señala que “*Cualquier controversia relacionada con el Contrato, bien sea referente a la interpretación, cumplimiento, ejecución, resolución o indemnización, que no pueda ser resuelta en sede administrativa mediante los procedimientos establecidos en el Contrato, o que habiendo sido resuelta sólo proceda la vía judicial por haberse agotado la vía administrativa o que no haya habido conciliación, se podrá someter como solución alterna a un procedimiento de arbitraje obligatorio de derecho que estará regulado por el Contrato y por la Ley de Resolución Alterna de Conflictos No. 7727*”.

La redacción de estas cláusulas es, sin duda, de lamentar... Los términos en que se ha dado forma al modelo de solución de conflictos son tales, que probablemente para resolver una disputa entre las partes, primero deberá resolverse la que de seguro generará la definición del modo en que ésta ha de resolverse.

Por otra parte, si lo que se procura con el recurso de la solución no judicial de los conflictos es la celeridad, al introducirse la exigencia del agotamiento de la vía administrativa, no se hace más que retardar la puesta en acción del procedimiento de conciliación y, en su caso, del arbitraje.

Véase que a partir de lo establecido en estas cláusulas, se presenta la paradoja de que el agotamiento de la vía administrativa, abolido por la Sala Constitucional como requisito previo para acudir a la vía judicial (Res. No. 3669-06), si resulta exigible, según esta cláusula, para optar por la conciliación y el arbitraje !

Parece claro que en la redacción de estas disposiciones contractuales, se ha incurrido en una confusión. Las exigencias formales que imperan en algunas actuaciones administrativas –propias del debido proceso-, no deben confundirse con el instituto del agotamiento de la vía administrativa, el cual se refiere a la fase recursiva del procedimiento de ese mismo carácter.

Si, a modo de ejemplo, en el marco del contrato que se comenta, la Administración decide el rescate de la concesión, debe para ello cumplir con un procedimiento administrativo previo, en donde otorgue a su contraparte el derecho de audiencia y defensa, procedimiento que dará lugar a una decisión unilateral de la administración.

Ahora bien, una vez adoptado el acto final en ese procedimiento, es posible que se satisfagan las expectativas del contratista y que por ello no aflore un conflicto.

También es posible que, decidido el rescate de la concesión y definido unilateralmente el monto de la indemnización por parte de la administración, el concesionario no quede conforme y aflore por ello un conflicto en torno al *quantum* de la indemnización a que el último cree tener derecho.

¿Es sensato, en esta última hipótesis, obligar al concesionario a agotar la vía administrativa? Parece claro que no lo sería. Lo pertinente es que, una vez dictada la resolución, den inicio los procedimientos de trámite potestativo de conciliación y, en su caso, del arbitraje.

Es claro que la primera tarea al definir un modelo de solución de conflictos, es elegir un esquema claro para las partes, en el cual sea sencillo elegir la vía para buscar solución a la disputa, lo que es claro no es el caso de contrato bajo estudio.

A esta confusión, debe agregarse otra imprecisión de lo convenido por las partes en materia de solución de conflictos.

En la cláusula 9.4, a la hora de definir el procedimiento que regirá en caso de dar inicio un arbitraje, se incurre en una notoria contradicción que extrañamente no fue apreciada ni por las partes del contrato, ni por el Órgano Contralor.

En dicha cláusula se dispone que *“el procedimiento y reglas del arbitraje ... serán los establecidos por la citada ley [Ley RAC (No. 7727)] y en el tanto sean compatibles con éstas, por las reglas del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica (sic), o por las Reglas del Centro de Arbitraje (sic) de la American Chamber of Commerce (AMCHAM), o por las reglas de la Cámara Internacional de Comercio (ICC).”*

Es decir, podría entenderse que la normativa a aplicar será la dispuesta por la Ley RAC (No.7727) y de modo supletorio, en tanto sean compatibles, las reglas de los

referidos centros de conciliación y arbitraje... Sin embargo, acto seguido se dice en la cláusula que *“Si no hubiere acuerdo entre las Partes sobre cuál de las reglas de los Centros de Arbitraje antes dicho se aplicarán las reglas del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional” ....*

De este modo, no sólo no está clara la vía en la cual ha de resolverse la disputa, sino que además, cuando está claro que es la arbitral, no existe certeza de cuáles son las reglas que imperarán en el trámite del respectivo proceso.

Lo más lamentable es que, luego, un esquema similar fue el considerado en el caso del proyecto Corredor San Ramón-San José, tal y como se verá de seguido.

#### **B.- El corredor San José -San Ramón**

En octubre de 2003, el Consejo Nacional de Concesiones, por medio de su Secretaría Técnica, promovió la Licitación Pública Internacional No. 03-2002 para otorgar en concesión de obra, el llamado Corredor San José-San Ramón.

En su versión final, el pliego de condiciones incluyó diversas alusiones a la vía arbitral.

La primera se hizo en el punto 13.8 denominado “Tribunales Nacionales”, en el cual, luego de señalar que las partes aceptan la sujeción a los tribunales costarricenses, se dispone que se *“autoriza la vía arbitral”*, según lo prevé la ley de la materia, tal y como se ha visto.

Luego, en el Capítulo 29 denominado “Solución Alternativa de Disputas”, se acoge el mismo modelo suscrito en el proyecto San José-Caldera, cuyas debilidades ya fueron objeto de comentario en este estudio.

Precisamente a propósito de tales debilidades, un posible oferente planteó que las diferencias que llegara a existir entre las partes y que no tuvieran que ser resueltas por disposición de la ley frente a tribunales nacionales, se resolvieran de manera definitiva mediante un procedimiento arbitral, en el cual la legislación aplicable sería la costarricense, la sede del arbitraje sería en San José, Costa Rica, considerando como reglas del arbitraje, las de la Cámara de Comercio Internacional.

Ante esta gestión, en acuerdo de Sesión No. 11-03 del 6 de agosto del 2003, el Consejo optó por aclarar que los asuntos que serán sometidos a los mecanismos de solución alternativa de disputas, se encuentran expresamente establecidos en la ley de la materia (No.7762) y en el propio Contrato, especialmente en la cláusula 29.1. Con respecto al procedimiento de arbitraje y sus características, se decidió agregar una nueva cláusula 29.4 que señala, como en el caso del proyecto San José-Caldera, de modo confuso y hasta contradictorio, el procedimiento a seguir.

Los cuestionamientos sobre el texto del Capítulo 29 no fueron solo esos. También, otro interesado planteó al Consejo que según las disposiciones de dicho capítulo, cabía entender que existían distintos sistemas de solución de conflictos, dependiendo del tema de que se tratara, por lo que proponía simplificar el sistema, de modo que para todo tipo de controversias que se suscitaran, se acudiera a la conciliación y a falta de acuerdo, a un arbitraje conforme a las reglas de la Cámara Internacional de Arbitraje.

A propósito de ese cuestionamiento, el Consejo Nacional de Concesiones, en acuerdo adoptado en su Sesión No. 14-03 del 15 de octubre de 2003, lamentablemente no encontró los distintos sistemas a que aludía el potencial oferente por lo que mantuvo inalterado el modelo.

Igualmente, se hizo del conocimiento del Consejo, el interés de modificar la redacción de este capítulo, de modo que fuera posible someter a arbitraje todos los conflictos, salvo en los casos en que operara una prohibición legal. En la misma Sesión, el Consejo acordó que según su entendimiento, *“la redacción de la cláusula 29.1 permite lo indicado por el posible oferente”*.

Como puede entonces apreciarse, las dudas que fueron apuntadas por este estudio con relación al Capítulo de Solución de Diferencias del Addendum 3 del Contrato de Concesión de la Carretera San José-Caldera, también surgieron en diversos interesados, si bien ello no condujo a que se mejorara sus términos, según luce recomendable por las razones señaladas.

Consolidado entonces el texto de las cláusulas del Capítulo 29 del borrador de contrato que incluía el cartel y una vez adjudicado en firme el concurso, se procedió a suscribir el respectivo contrato administrativo, cuyo Capítulo XIX reguló en los términos comentados el modelo de solución alternativa de disputas, mediante las cláusulas 19.1, 19.2, 19.3, 19.4 y 19.5.

Al ser sometido para efectos de refrendo el convenio, la Contraloría General de la República denegó el refrendo (Oficio No. 00619 (DI-AA-0112)), formulando un total de sesenta y un observaciones, de las cuales, la número 57 se refirió a los puntos 19.1 y 19.3.

Se dijo, textualmente, lo siguiente:

**57) Puntos 19.1 Solución de disputas y legislación aplicable y 19.3 Cláusula Arbitral**

Al respecto, debe indicarse que salvo lo dispuesto expresamente en la Ley de Concesiones de Obras Públicas con Servicios Públicos, conforme con la normativa vigente en la materia, particularmente lo dispuesto por la Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, únicamente se podrán someter a arbitraje

las controversias de tipo patrimonial y que no implique el ejercicio de potestades de imperio, por lo que no puede ser cualquier controversia relacionada con el contrato.

Adicionalmente, debe aclararse el numeral 19.1 en el sentido que la resolución de controversias por medio de arbitraje constituye una potestad para la Administración, razón por la cual no procede acudir obligatoriamente a ese trámite.

Como puede verse, la Contraloría vio con celo los términos de las cláusulas de comentario, no porque encontrara oscuridad o contradicción en éstas, sino más bien, en tanto ve con desconfianza el instituto arbitral.

Tal desconfianza hizo que acudiera al dogma de la indelegabilidad de las potestades administrativas, con sustento en el cual, señaló que no toda disputa era arbitrable, como a su entender lo establecía el clausulado del contrato, y además, al estimar que no era posible obligar a la administración concedente a acudir al arbitraje, siendo esa una decisión de carácter discrecional.

Una vez que se planteó de nuevo la petición de refrendo por parte del Consejo Nacional de Concesiones, mediante el oficio 20050074 del 24 de febrero de 2005, en lo que interesa al estudio, se hicieron una serie de alegaciones para justificar el contenido de las cláusulas objetadas, sin alterar su contenido.

Dentro de tales alegaciones, además de la ya referida atrás, interesa destacar dos de los alegatos señalados por el Consejo Nacional de Concesiones. El primero se refiere a que *“...la generalidad de los conflictos durante la ejecución contractual son de naturaleza patrimonial, al no derivar del ejercicio de potestades de imperio, y por ende son susceptibles de ser sometidos a un arbitraje”*.

La segunda apreciación se refiere a la obligatoriedad de proceso arbitral. Para el Consejo *“Si la cláusula no obligara a la Administración, existiría un estado de inseguridad jurídica para el concesionario que resultaría a todas luces contrario al*

*principio de buena fe y de protección de la confianza legítima que debe regir las relaciones jurídicas entre éste y la Administración. Esto desvirtuaría por completo el instituto del proceso arbitral, al concederle a la Administración la potestad de dejar sin efecto cualquier acuerdo arbitral en el que figure como parte”.*

Ante estas apreciaciones, en definitiva, la Contraloría se mostró conforme de modo que otorgó el refrendo al Contrato (Oficio No. 04281 (DI-AA-0740)).

Como puede verse, sin embargo, el sesgo anti-arbitraje con que la Contraloría evalúa estas cláusulas es claro, sesgo que se ve agravado en este caso, por una desafortunada redacción del clausulado de solución de conflictos, que llevó a ver en éste, un arbitraje obligatorio, cuando en realidad no lo es.

### **C.- Las concesiones de gestión de servicios públicos de la Terminal de Caldera y de la Terminal Granelera**

Resta por examinar los casos de la concesión de gestión de servicios públicos de la Terminal de Caldera y la concesión de obra pública con servicio público de la Terminal Granelera Puerto Caldera.

La primera generó la Licitación Pública Internacional No. 001-2001, mientras que la segunda, dio lugar a la Licitación Pública Internacional No. 3-2001, del Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico, ambas del mes de abril de 2001.

Luego de evaluar los dos casos, se logró determinar que, en lo que al estudio interesa, se siguieron idénticas políticas por parte de la administración concedente.

En efecto, en ambos carteles, se incluyó la siguiente cláusula arbitral:

### 1.22 CLÁUSULA ARBITRAL

Se constituirá una Comisión Técnica de Conciliación para **resolver** controversias que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación del contrato y de todo lo relativo a seguros, daños, e indemnizaciones. La comisión estará integrada por un profesional designado por el INCOP, un profesional designado por el concesionario y un profesional nombrado de común acuerdo por las partes, quien la presidirá.

Las controversias relacionadas con este contrato, que no puedan ser resueltas por la Comisión Técnica de Conciliación, se someterán al procedimiento arbitral establecido en la legislación nacional, para lo cual se seguirá lo dispuesto por el inciso 3) del artículo 27 de la LGAP y la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos. El procedimiento arbitral respectivo será un arbitraje de **equidad** (ver anexo B).

Se exceptúa de lo dispuesto en esta cláusula los asuntos que, por ley, deba resolver la ARESEP, en cuyo caso se seguirán los procedimientos legales establecidos por la ley de la ARESEP – el resaltado se suministra-.

Resalta en este caso, dos aspectos de notorio interés. El primero, se refiere al error técnico en que se incurre, al señalar que la Comisión de Conciliación, **resolverá** los conflictos que se presenten a propósito de la relación contractual.

Como se ha explicado ya, la conciliación alude a un mecanismo autocompositivo de solución de conflictos en el cual, un tercero facilita y propone una solución a las partes para que éstas por su propia cuenta y voluntad, resuelvan la disputa. No se trata, con todo, de la intervención de un tercero supraordinado que resuelve la disputa, como en error se entiende en esta disposición cartelaria al atribuírsele a la Comisión de Conciliación, la tarea de resolver controversias.

Más debe llamar la elección, sin embargo, el hecho de que se decidió que de no lograrse resolver las disputas mediante la intervención de la Comisión de Conciliación, las partes tendrían que acudir a un arbitraje de **equidad**, no así de Derecho, como ha sido lo usual en estos contratos.

La situación al respecto no es tan clara, en el proyecto de contrato que en ambos concursos se puso a disposición de los interesados.

En ambos casos, se incluyó en tales proyectos, la siguiente cláusula arbitral:

**CLAUSULA 33: CLÁUSULA ARBITRAL**

Las controversias relacionadas con este contrato, que no puedan ser resueltas por la Comisión Técnica de Conciliación dentro del plazo de treinta días luego de solicitado el establecimiento de la Comisión, se someterán a un procedimiento de arbitraje obligatorio que estará regulado por el Anexo B a este contrato y por la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos No. 7727 del 14 de enero de 1998.

Como se ve, en dicha cláusula no se hace la precisión que si hace el cartel con relación a la naturaleza del arbitraje.

Una vez examinado el Anexo a que se alude en la cláusula, se logró localizar diversas disposiciones que parecen confirmar que, en efecto, de darse un proceso arbitral, que deberá ser de Equidad.

Me refiero al punto A del citado Anexo, en el cual se señala lo siguiente:

**A.- FUENTES DE INTERPRETACIÓN.-**

Los asuntos sometidos a Arbitraje se resolverán considerando para efectos de interpretación de la voluntad de las partes, las siguientes fuentes en orden de prevalencia:

En primer lugar, el texto, **la equidad** y el espíritu del presente contrato; En todo lo que no contradiga la letra o el espíritu de este acuerdo arbitral, se aplicará de manera supletoria la Ley sobre la Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, No. 7727 de 14 de enero de 1998 (en adelante Ley de RAC).

También **supletoriamente**, en asuntos de Derecho, **el Ordenamiento Jurídico** Costarricense aplicable al caso concreto, los usos y costumbres y los principios generales del Derecho, en ese orden.

En asuntos financieros y contables, a los principios de contabilidad generalmente aceptados y las normas y procedimientos de auditoría

vigentes en la República de Costa Rica –el resaltado no aparece en el original-.

Como se puede ver, al definirse las fuentes a considerar por los árbitros a la hora de juzgar con relación a una controversia, se ha dispuesto ubicar en primer lugar, “*el texto, la equidad y el espíritu del presente contrato*”, dejando como fuente supletoria, al Ordenamiento Jurídico costarricense, lo cual permite inferir que se está frente a regulaciones propias de un arbitraje de Equidad.

La misma conclusión puede inferirse por lo señalado en el punto B del mismo anexo, en el cual, al momento de referirse a la integración del Tribunal Arbitral, se indica que los conflictos serán resueltos por un Tribunal Arbitral “...*compuesto por tres árbitros arbitra***dores**”.

Como se sabe, tal denominación –árbitros arbitra**dores**- corresponde a aquellos árbitros que resuelven según su arbitrio, no así, según el Ordenamiento Jurídico. De nuevo, es posible colegir que, en efecto, tanto en el cartel como en el proyecto de contrato, se opta por un arbitraje de Equidad para resolver los conflictos entre las partes.

Queda por examinar si en el contrato suscrito en definitiva por las partes, se mantuvo esa decisión.

Examinada la documentación, se encuentra que existe cierta vaguedad al respecto, la cual no cabría más que resolver, integrando el clausulado contractual con las aludidas disposiciones del cartel. Es decir, pareciera que en definitiva, se ha convenido en que de darse un arbitraje, éste sería de Equidad.

Se sustenta tal afirmación, en el hecho de que ambos contratos incluyen un Capítulo VII de Solución de Diferencias, en el cual consta una cláusula arbitral

(7.2) en la cual se incorporó el texto antes enunciado en el Anexo B del proyecto de contrato.

De este modo, si bien en la cláusula arbitral no se define la naturaleza del arbitraje, si se mantuvo como fuentes de interpretación, en orden de prelación, “...el texto, la equidad y el espíritu de presente contrato”, reservando las disposiciones normativas a un plano supletorio (7.2.1). Además, se dispone que el Tribunal Arbitral estará integrado por “árbitros arbitradores”, es decir, árbitros que resuelven conforme a su arbitrio, no así, conforme a Derecho.

Al examinar los contratos a efecto de su refrendo, como era de esperar, la Contraloría General de la República, en ambos casos, realizó objeciones con respecto a la cláusula arbitral, objeciones repetitivas de las antes examinadas.

De nuevo, objetó que se tratara de un arbitraje obligatorio –en realidad no lo es- y que se admitiera resolver todo tipo de controversias mediante arbitraje, sin considerar que sólo es materia arbitrable, la patrimonial (Oficio No. 12601 (DI-AA-2351)) que no implique “*potestades de imperio*” (Oficio No. 12600 (DI-AA-2350)). Curiosamente, no objetó, sin embargo, que se tratara de un arbitraje de Equidad, lo cual si ha hecho en otras ocasiones, como se reseñará en el Capítulo siguiente.

Queda en evidencia, entonces, que media en la materia, por un lado, un importante grado de imprecisión jurídica –de parte de las administraciones públicas- y por otro –de parte de la Contraloría General de la República-, un importante grado de predisposición en contra de las cláusulas de solución alterna de conflictos, lo que le lleva a cuestionar, sin razón, lo que no cabe cuestionar y a dejar pasar aspectos de mayor importancia, como es la definición de la naturaleza del arbitraje.

\*

\* \*

Examinada la temática reservada a este Capítulo, es posible alcanzar las siguientes conclusiones:

En el Ordenamiento Jurídico administrativo costarricense, existen evidencias de lo que podría calificarse como una actividad administrativa conciliatoria, en donde las administraciones públicas intervienen a efecto de lograr que dos partes en conflicto, lo resuelvan de modo autocompositivo.

Uno de los campos en donde se manifiesta tal actividad, es el Derecho laboral individual.

- En ese ámbito, la labor de la administración pública debe limitarse a servir de facilitadora de la solución de estos conflictos, asesorando para ello a ambas partes, ofreciéndoles una solución que ha de ajustarse al Ordenamiento Jurídico, de modo que no se les niegue nada, ni se le reconozca nada que no le corresponda obtener conforme al Ordenamiento jurídico;
- La administración debe ajustarse de modo irrestricto al **Principio de neutralidad**, de modo que ha de ser objetiva y escapar a toda manifestación de parcialidad en la tarea de asesorar a las partes para que llegue a una solución del conflicto. También resulta de clara aplicación, el apuntado **Principio de igualdad de oportunidades y medios de defensa**.

El otro campo en el cual se ha atribuido poderes de conciliación a órganos administrativos, es en el Derecho del Consumidor.

- Según la normativa que regula dicha actividad, el papel del órgano administrativo se limita al que típicamente se asigna a un conciliador, de modo que no está en capacidad de imponer una solución al conflicto, sino tan sólo facilitarlo;
- En ejercicio de esta potestad, no se adopta acto administrativo alguno en ejercicio de un papel de tercero supraordinado a las partes, aunque si un acto administrativo que homologa el acuerdo de las partes, de modo que el acuerdo no vulnere el Ordenamiento Jurídico;
- Existe un deber jurídico a cargo de la Comisión Nacional del Consumidor, de hacer valer los acuerdos conciliatorios, al tener el mismo efecto que un acto administrativo final en el marco de un procedimiento administrativo sancionador.

También se ha asignado potestades dirigidas a conciliar conflictos interprivatos a un órgano administrativo, en el Derecho Minero.

- En ejercicio de tal potestad, la autoridad minera debe ajustarse a las prescripciones del Capítulo II de la Ley RAC (No.7727);
- No se atribuye a la autoridad minera más que un poder facilitador de la solución del conflicto, de modo que como en los casos anteriores, dicho órgano administrativo carece de capacidad suficiente para imponer la solución a las partes.

En el Ordenamiento Jurídico administrativo existen disposiciones disgregadas de modo asistemático, que han atribuido verdaderos poderes arbitrales a diversas administraciones públicas, con el objeto de solucionar diferentes *inter privatos* referidos a derechos de carácter civil.

El primer caso se refiere a la actividad consular, en ejercicio de la cual, se atribuye a los cónsules –funcionarios públicos- la capacidad de intervenir como árbitros, para resolver desavenencias entre costarricenses que decidan someterse a su fallo.

- Considerando las disposiciones de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y la Doctrina dominante en el tema, se trata de una función atípica;
- Para ejercer tal función, el Cónsul debe ajustarse a la legislación común de la materia (Ley RAC No. 7727).

Otro caso en donde se ha comprobado la atribución de una potestad administrativa arbitral, es el regulado por la Ley No. 2035, Orgánica del Consejo Nacional de Producción, que incluye dentro de las actividades ordinarias de ese ente, la de participar como árbitro en asuntos de su competencia.

- La actuación de este ente administrativo, en ejercicio de la aludida potestad, debería ajustarse a la Ley RAC (No.7727);
- La decisión que se adopte, carece de recursos administrativos, al adquirir la condición de laudo arbitral.

En estos dos casos, el arbitraje siempre será de Equidad, salvo que el funcionario del Consejo designado o el Cónsul sean abogados incorporados al Colegio de Abogados con más de cinco años de experiencia.

En materia de Derecho del Consumidor, no se ha atribuido a órganos administrativos, potestades arbitrales administrativas. En realidad, lo dispuesto por los artículos 58 de la Ley No. 7472 y 72 de su Reglamento, regulan un arbitraje privado sujeto a las disposiciones de la Ley RAC (No.7727).

A propósito del fenómeno de la agencification, en el Ordenamiento Jurídico costarricense se muestran algunas evidencias de actividad administrativa arbitral.

Una de ellas, se refiere a la potestad de resolución de quejas que se atribuye a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP).

- Tal potestad ha de entenderse reducida a aquellos ámbitos en que se pueda de alguna forma afectar el interés público tutelado por tal autoridad, lo que debe relacionarse con las actividades reguladas del prestatario, no así con aquellas que se refieren al ejercicio de su capacidad de Derecho privado;
- Para ejercer tal potestad, debe tramitarse un procedimiento administrativo de carácter triangular, cuyo output será una resolución impugnabile en la vía de lo contencioso administrativo.
- Esta atribución debe relacionarse con el deber de la administración pública de velar por la eficacia de los derechos de los usuarios previstos en el artículo 46 párrafo último de la Constitución Política.

A propósito de la apertura a la competencia de los mercados de telecomunicaciones y seguros, se han propuesto regulaciones que aluden a la capacidad arbitral de órganos reguladores.

- En el proyecto de ley de telecomunicaciones, queda en evidencia un afán expreso de atribuir a la SUTEL, una potestad administrativa arbitral. Lo lamentable, sin embargo, es la escasa precisión con que se hace, además de lo limitado que resulta la materia “arbitrable”.
- En el proyecto de Ley Reguladora del Mercado de Seguros (Exp. No. 16.305) se regula de modo errático el papel del “Defensor del Asegurado”, lo cual hará que la actividad arbitral de dicho órgano –aparentemente ad.hoc.- pueda llegar a verse imposibilitado.

Como resultado de la acogida, aún inmadura, de los modelos de cooperación público privada en el medio costarricense, se ha podido comprobar que en todos los casos, se ha previsto en los contratos de esta naturaleza, una cláusula de resolución no judicial de los conflictos de tipo escalonado.

Aún en los casos en que estos contratos no están regidos por la Ley No. 7762 (Gestión Interesada del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría; Revisión Técnica Vehicular), se han previsto este tipo de cláusulas de resolución de disputas que evitan la alternativa judicial.

Las distintas administraciones públicas que han convenido en contratos de cooperación público-privados, no han logrado desarrollar una política estable en los términos de solución de conflictos de modo no judicial, cayéndose en reiteradas imprecisiones y regulaciones a veces contradictorias.

Para la Contraloría General de la República, erradamente, estos mecanismos de solución de controversias deben restringirse a propósito del dogma de la indisponibilidad de las potestades administrativas y de la discrecionalidad de las administraciones públicas de acudir a estos mecanismos.

# CAPÍTULO IV

## REQUERIMIENTOS MATERIALES Y FORMALES DEL ARBITRAJE EN EL DERECHO PÚBLICO COSTARRICENSE

*René David constatât que «l'arbitrage ne peut être entièrement dépassionné car il se situe sur un plan où les sentiments comptent autant et plus que les raisons». En ce qui concerne l'arbitrage en droit public, espérons que l'on n'y verra pas une raison pour n' être pas raisonnable...*

Charles Jarrosson

Resta, finalmente, avocarse a la evaluación de la variable material y formal del arbitraje en el Derecho administrativo.

En efecto, una vez examinada la actividad administrativa arbitral, así como la creciente importancia que adquiere dicha actividad junto con el arbitraje, en sentido estricto, a propósito de los contratos de cooperación público-privada, corresponde de seguido evaluar qué tipo de controversias administrativas se entiende que son arbitrables en el medio costarricense (Sección I).

Una vez cubierta esa temática y examinados los criterios imperantes de modo crítico, corresponderá evaluar las distintas exigencias de tipo procesal y pre-procesal que rigen en el ordenamiento jurídico, en el caso de los arbitrajes en que al menos una de las partes es un sujeto de Derecho público (Sección II).

## **SECCIÓN I.- EL ÁMBITO DE LO ARBITRABLE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO COSTARRICENSE: UNA EVOLUCIÓN RESISTIDA *CONTRA LEGEM***

Si en todo estudio referido al arbitraje, referirse a lo arbitrable es una tarea ineludible, con mayor razón lo será en cualquier estudio referido al arbitraje en Derecho público.

En efecto, la resistencia a la incorporación del arbitraje en el Derecho público se ha sustentado, en lo fundamental, en criterios referidos a la inarbitrabilidad de las controversias administrativas.

De este modo, el estudio centrará por ahora su atención, en el estado de cuestión, a lo interno del Ordenamiento Jurídico costarricense, en torno a lo arbitrable en Derecho público (I).

Una vez cumplida esa tarea, se hará una evaluación crítica de las tesis jurisprudenciales imperantes (II).

## **I.- ESTADO DE LA CUESTIÓN**

La evaluación del estado de cuestión en lo que a la materia arbitrable se refiere, exige realizar un examen pormenorizado de las distintas tesis que se han esgrimido para reprimir el alcance de la materia arbitrable en el Derecho administrativo.

Para ello, en primera instancia, parece lógico referirse a la valoración que se hace del tema por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (1), para luego evaluar la postura de la Contraloría y Procuraduría General de la República (2).

Como podrá apreciarse, en todas esas instancias persiste una postura restrictiva de lo arbitrable, de discutible fundamentación jurídica.

### ***1.- LA DOCTRINA DE LA SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA***

A partir de la entrada en vigencia de la Ley RAC (No. 7727), la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, debió asumir una función auxiliar en materia arbitral.

En efecto, según se dispone en la ley citada, corresponde a ese Tribunal conocer de los conflictos de competencia, así como resolver los recursos de nulidad en contra de laudos arbitrales.

Considerando esa situación, se decidió evaluar la jurisprudencia generada por esa autoridad judicial, en específico, en lo que se refiere a lo arbitrable en el Derecho administrativo.

Para ello, se procedió a identificar los procesos arbitrales en que intervino al menos un sujetos de Derecho público, para luego evaluar el objeto de cada

proceso y si fue o no cuestionada su “arbitrabilidad”, si es que es admisible el barbarismo (A).

Luego, se examinarán los casos en que la Sala Primera ha decidido que lo debatido no es materia arbitrable (B).

### **A.- Lo arbitrable**

Luego de examinar la totalidad de los pronunciamientos de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en procesos arbitrales en que al menos una de las partes era un sujeto de Derecho Público, desde el año 2000 al año 2006, se logró determinar que en su inmensa mayoría, los arbitrajes se refieren a controversias relativas a relaciones de naturaleza contractual.

El caso más ilustrativo, es el del ya aludido contrato de gestión interesada del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, que generó una multiplicidad de pronunciamientos arbitrales y de la propia Sala, sin que se estimara que las pretensiones esgrimidas por las partes, en su generalidad, no eran susceptibles de ser conocidas en la vía arbitral.

A modo de ejemplo, se calificaron como disputas arbitrables relacionadas con ese contrato administrativo, las siguientes:

- Si el Estado está en la obligación de reconocer, como indemnización por concepto de “costos adicionales” los gastos en que incurrió el Gestor producto de la importación temporal y posterior utilización de la máquina de pavimentación “Vöguele”; así como otros gastos adicionales por la búsqueda del equipo, entrenamiento para el manejo de los mismos, modificación a los procedimientos de trabajo y la necesidad de maquinaria

adicional de soporte (Res: 000176-F-2006, de las nueve horas cincuenta y cinco minutos del veintitrés de marzo del año dos mil seis);

- Si de acuerdo con la cláusula 16.3 del “Contrato para Gestión Interesada de Servicios Aeroportuarios en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría” y los principios de buena fe y equilibrio económico del contrato, por concepto de reajustes de precios correspondientes al incremento del precio tope por cambios en el precio del asfalto y la emulsión asfáltica, en relación con los ítems 34, 41, 45, 49 y 50 del Apéndice E.1. del Contrato de Gestión Interesada, el Estado deberá reconocer una determinada suma al gestor por la ejecución de las labores, provocando atrasos, elevación de costos, trabajos adicionales y daños y perjuicios (Res 000175-F-2006 de las nueve horas cincuenta y tres minutos del veintitrés de marzo del dos mil seis);
- Si el CETAC incumplió sus obligaciones contractuales para con ALTERRA y si de tales incumplimientos deriva su deber de resarcirle *in integrum* a ALTERRA, los daños y perjuicios que le ha ocasionado (Res. 0001030-F-2005 de las nueve horas cuarenta minutos del veintitrés de diciembre del dos mil cinco);
- Si el citado contrato establece o no como obligación del Gestor, la de construir una subestación eléctrica y si corresponde al CETAC o no la responsabilidad de garantizar el suministro primario de electricidad a las instalaciones del Aeropuerto y a las obras previstas en el Contrato, y por ende la obligación de diseñar, construir, adquirir e instalar una nueva subestación eléctrica para estos efectos. (Res. 000743-F-2005 de las once horas quince minutos del doce de octubre del año dos mil cinco);
- Si el CETAC incumplió el Contrato al no actualizar en forma adecuada y oportuna el precio del contrato, tanto en lo referente a la fijación del costo

real de las obras indicadas en la demanda, así como en la fijación de precios unitarios para las obras descritas (precios tope), así como si el CETAC incumplió el contrato al no haber trasladado las instalaciones de RECOPE y de COOPESA en los tiempos contractuales convenidos, lo cual encareció el costo de las obras previstas en el contrato (Res.- 000616-F-2005 de las diez horas treinta minutos del veinticinco de agosto del año dos mil cinco);

- Si el Gestor está o no obligado a construirle al Estado las oficinas del Órgano Fiscalizador y a dotarlo de las mismas o acondicionarlas, así como si corresponde que CETAC indemnice los daños y perjuicios causados (Res. 000333-F-2005 de las once horas diez minutos del veinte de mayo del año dos mil cinco).

También, en otro contrato, este de obra pública, se discutió en la vía arbitral, sin cuestionamiento alguno, sobre pretensiones como las siguientes:

- Que se declare que el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados es responsable de daños y perjuicios sufridos generados con motivo de los atrasos que afectaron la adjudicación y ejecución de la Licitación Pública 98-32 los que son atribuibles a la Administración y sumaron 21 meses afectando el inicio de los trabajos; (Res. No. 000237-F-2006 de las catorce horas cuarenta y cinco del cinco de mayo del dos mil seis);
- que se declare la existencia de responsabilidad indemnizatoria por parte del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, por los trabajos efectivamente realizados producto de la ejecución de la obra licitada bajo el concurso público Licitación Privada número 4-96 denominado Rehabilitación del Acueducto y Alcantarillado de Limón (Res: 000806-F-01

de las dieciséis horas treinta y cinco minutos del diez de octubre del año dos mil uno.

Del mismo modo, se ha considerado arbitrable una disputa referida a la interpretación de una cláusula contractual contenida en un convenio entre el Ministerio de Ambiente y Energía y una Fundación, con el objeto de establecer la vigencia del aludido contrato (Res. No. 136-F-2006 de las ocho horas del dieciséis de marzo del dos mil seis).

Lo mismo se entendió en el caso de una disputa referida a la determinación de si la interrupción unilateral de una relación contractual, era o no legítima y en su caso, si procedía indemnizar a una de las partes (Res. No. 791-F-01 de las quince horas treinta y cinco minutos del cinco de octubre del año dos mil uno).

Como puede apreciarse, la naturaleza de las controversias que se ha estimado son arbitrables, en su mayoría se refieren a aspectos contractuales, sean de Derecho público o privado (Res. No. 685-F-2005 de las quince horas quince minutos del veintidós de setiembre del dos mil cinco).

Se trata, con todo, de una situación que coincide con las posturas doctrinales imperantes en el tema.

De hecho, según refiere Trayter (1995), el “habitat natural” del arbitraje en el campo del Derecho administrativo, es precisamente el referido a conflictos que surjan a propósito de la aplicación e interpretación de las cláusulas contractuales de carácter administrativo.

Pacíficamente, la doctrina relaciona la materia arbitrable en Derecho administrativo, con la actividad convencional, excluyéndose, tan sólo, los llamados actos separables (Conseil d’Etat, 1993; Trayter, 1995; Tornos Más, 1995; Patrikios, 1997; Cortada Esteve, 1998; González Cueto, 1999; Canal Muñoz & Ibáñez Buil, 2000; Pérez Moreno, 2001).

De hecho, el propio Conseil d'Etat (1993), en su ya citado informe relativo a otros modos de solucionar los conflictos administrativos, recomendó una ampliación del campo de extensión del arbitraje en materia del "contentieux contractuel", de modo que se admita en el caso de contratos de Derecho privado de las administraciones públicas, contratos de obras públicas y para aquellos conflictos contractuales referidos a la fase de ejecución.

A nivel jurisprudencia, también se ha entendido arbitrable un diferendo relativo a "...Si existe o no existe responsabilidad indemnizatoria por parte de la C.C.S.S. a favor de La Esmeralda en virtud del acuerdo de Junta Directiva N° 17 de la sesión N° 7196 de fecha 03 de febrero de 1998, por el que se adjudicó la licitación pública N° 97-013". (Res. No. 594-F-00 de las once horas cuarenta minutos del dieciocho de agosto del año dos mil).

La tesis, en la doctrina, podría relacionarse con la admisión como materia arbitrable, de aquellas controversias "sobre determinación de cantidad", normalmente, a propósito de la responsabilidad de las administraciones públicas (González Cueto, 1999; Pérez Moreno, 2001).

Por último, también se consideró arbitrable una disputa -entre el Instituto Costarricense de Electricidad un sujeto de Derecho privado-, referida a la existencia o inexistencia de un derecho real de servidumbre de paso (Res. No. 484-F-2003 de las diez horas treinta minutos del doce de agosto del año dos mil tres).

De este modo, cabe concluir que tanto para la jurisprudencia examinada, como para la doctrina, existe acuerdo en el sentido de que resulta legítimo arbitrar aquellas controversias de carácter administrativo, referidas a la interpretación y ejecución de obligaciones de carácter contractual, las referidas a la determinación de cantidad y a la existencia o inexistencia de un derecho real -servidumbre-.

Cabe por ello concluir, que lo arbitrable en Derecho público, podría relacionarse con los procesos llamadas “civiles de hacienda”, en tanto se entienda por éstos, aquellos en los cuales no se pretende la nulidad de un determinado acto administrativo.

### **B.- Lo no arbitrable**

Una vez establecidos los conflictos de naturaleza arbitrable, corresponde examinar los casos considerados no arbitrables.

Luego de un pormenorizado estudio al respecto, se pudo comprobar tres distintos casos en los cuales se decidió por parte de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, que se estaba frente a una disputa de esa naturaleza.

Cronológicamente, se trata de los siguientes casos:

Mediante Res. No. 210-F-2001 de las quince horas del nueve de marzo del año dos mil uno, la Sala decidió declarar la nulidad de un laudo arbitral dictado en un proceso arbitral entre el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (AyA) y una persona física.

En ese caso, las partes suscribieron un compromiso arbitral, por medio del cual convinieron solucionar sus controversias mediante un arbitraje de Derecho, evitando de ese modo que se produjera una resolución en un proceso contencioso administrativo de lesividad que se tramitaba en ese momento, en el Juzgado Contencioso Administrativo.

De este modo, en dicho proceso arbitral se entró a conocer las siguientes pretensiones:

- Por parte del AYA, se solicitó al Juzgado declarar: “a.) La nulidad del acto administrativo que dio lugar al pago de preaviso y cesantía de la

demandada materializado a través de la acción de personal 034109 de fecha 4 de abril de 1994, así los oficios RH-94-063 y DJ 94-87, que sirvieron de fundamento a la misma por ser todos nulos y contrarios a derecho. b.) Que la demandada deberá proceder a la devolución de las sumas pagadas por concepto de prestaciones laborales, las cuales ascienden a novecientos cinco mil trescientos sesenta colones. c.) Que la demandada deberá pagar los intereses de ley sobre dicha suma, desde el momento de la presentación de esta demanda hasta su efectivo pago. d.) Que la demandada deberá pagar ambas costas de esta acción para lo cual solicito se ordene el afianzamiento de costas”.

- La contraparte solicitó al contestar la demanda, que se declarase “... sin lugar la demanda en todos sus extremos y condenando a AYA, al pago de ambas costas del presente asunto”. Además, formuló una contrademanda en la que planteó: “Con base en los hechos expuestos pido: que en caso de declararse nulo el acto administrativo RH-94-063 y la Acción de Personal N° 034109, pido que se declare con lugar la presente contrademanda declarando que la actora deberá proceder a reintegrar a la suscrita al puesto que desempeñaba antes de la emisión de los actos administrativos RH 94-063 y de la Acción de personal 034109, pues los mismos son nulos y no han podido tener efecto legal alguno, debiendo de pagar a la demandada los salarios caídos y sus respectivos intereses, así como todos los derechos laborales como si no me hubiese cesado de mi cargo y ambas costas de la presente contrademanda”.

En el convenio arbitral, las partes dispusieron que los árbitros actuarían como árbitros de Derecho, especialmente facultados para dimensionar, en Equidad, los aspectos económicos del laudo.

En lo que se refiere a la pretensión de “reintegración o reinstalación” de la demandada, las partes convinieron que, si por cualquier razón el Tribunal la

llegase a estimar procedente, “la misma podrá ser reemplazada por una indemnización compensatoria, en virtud de que AYA, como Institución Pública, tiene limitaciones importantes para la creación de nuevas plazas”.

Una vez conformado el Tribunal Arbitral, en resolución de las 15:00 horas del 11 de julio del 2000, se dispuso:

**POR TANTO:**

De conformidad con las competencias conferidas a este Tribunal en el Compromiso Arbitral firmado el 3 de abril del 2000, entre el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados y la señora Sonia Murillo Hurtado; vistos los expedientes administrativo, judicial y del propio proceso de arbitraje, así como las disposiciones de la Ley Sobre Resolución Alterna y Promoción de la Paz Social (Ley N° 7727 del 9 de diciembre de 1997, publicada en el Diario Oficial La Gaceta del 14 de enero de 1998), particularmente artículos 18, párrafo 3° y 58, inciso h), se confirma la lesividad declarada por AYA, consecuentemente se declaran sin ningún valor y efecto el Oficio RH-94-063 del 25 de marzo de 1994 y la Acción de Personal N° 034109 del 4 de abril de 1994, por medio de los cuales se ceso con el pago de las prestaciones legales a la señora Murillo, por lo que se deben restituir las cosas al estado en que se encontraban hasta antes darse el acto anulados (sic). Se declaran absolutamente nulos los actos administrativos mediante los cuales se cesó de su puesto a la señora Sonia Murillo Hurtado y se acoge la contrademanda en todos sus extremos. Se dimensionan en equidad los efectos económicos del laudo, por lo que el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, deberá pagar a la señora Murillo Hurtado lo siguiente: a) Por concepto de salarios adeudados la suma de NUEVE MILLONES SEISCIENTOS SESENTA MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CUATRO COLONES CON OCHENTA Y CUATRO CENTIMOS (¢9.660.934.84 colones). b) Por concepto de intereses, la suma de CUATRO MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES COLONES CON SETENTA Y UN CENTIMOS (¢4.939.353.71 colones). c) Como indemnización sustitutiva de la no reinstalación al cargo, tomando como base para ese cálculo el salario mensual que actualmente devengaría la señora Murillo Hurtado (¢304.045.50), se fija un total de DOS MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS NUEVE COLONES CON CINCUENTA CENTIMOS. La suma total de los extremos anteriormente señalados asciende a DIECISIETE

MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS NUEVE COLONES CON CINCUENTA CIENTIMOS (¢17.336.698.05 (sic) colones). d) que habiéndose declarado nulos los actos con base en los cuales se pagaron las prestaciones legales a la señora Murillo Hurtado, debe ella restituir lo pagado en el año 1994, por concepto de auxilio de cesantía, ¢591.910.85 y preaviso, ¢147.977.70, (no incluye lo pagado por aguinaldo y vacaciones proporcionales por ser extremos pagados conforme a la ley), así como los intereses que corresponden a esas sumas por 56.5 meses, contados desde el 30 de octubre de 1996, fecha en la que se inició el Contencioso de Lesividad, hasta el 15 de junio del 2000. El cálculo de intereses al 20% anual es de ¢12.331.48 colones mensuales, para un total de ¢696.728.62 colones. e) Que una vez deducidas las sumas indicadas en el punto d) anterior, se determina que el monto total que AYA deberá reconocer a la señora Murillo Hurtado es de QUINCE MILLONES NOVECIENTOS MIL OCHENTA COLONES CON OCHENTA Y OCHO CENTIMOS (¢15.900.080.88 colones). Se declara este asunto sin especial condenatoria en costas, salvo en lo referente a los honorarios de los suscritos árbitros, los cuales se pagarán de conformidad con lo previsto en la Cláusula Cuarta del Compromiso Arbitral. Finalmente se resuelve que AYA deberá proceder a ejecutar lo resuelto por este Tribunal en el plazo de OCHO DIAS posteriores a la firmeza de esta Sentencia Arbitral. Se remitirá una constancia al Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, informando sobre este la finalización del presente litigio por medio del presente laudo.

Al no estar conforme con lo resuelto por el Tribunal Arbitral, el AyA interpuso recurso de nulidad contra el laudo arbitral, solicitando que se declarara su nulidad y se ordenara la continuación del proceso contencioso administrativo que se tramitaba en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda.

Al entrar a conocer del asunto, la Sala (Res. No. 00210-F-2001 de las quince horas del nueve de marzo del año dos mil uno) se pronunció de este modo:

**CONSIDERANDO:**

(...)

II.- La apoderada especial judicial del ente actor formula recurso de nulidad contra el laudo arbitral. Alega que la controversia resuelta no era susceptible de someterse a arbitraje y haberse resuelto en contra de normas imperativas o de orden público (artículo 67 incisos d) y f) de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz

Social). Ello por cuanto, según afirma, en el sub-júdice se discutió un asunto de naturaleza patrimonial, pero no disponible, pues no se está en presencia de un juicio laboral, sino contencioso administrativo. El Tribunal Arbitral, manifiesta, se tomó la atribución de declarar la nulidad de un acto administrativo, lo cual, a todas luces es improcedente. Por otro lado, arguye, se limitó a conceder todo cuanto había solicitado la accionada, sin consideración alguna a las peticiones de su representado, a pesar de carecer, no sólo de lógica, sino también de fundamento legal. La solicitud efectuada por la demandada al entonces presidente ejecutivo de su representado fue una renuncia pura y simple, razón por la cual el pago recibido, sobre la totalidad de sus beneficios laborales, resulta improcedente. El único supuesto legal, en el cual la Administración puede, excepcionalmente, reconocer el pago de preaviso y cesantía, cuando el servidor público se retira voluntariamente, por razones presupuestarias y como estrategia para la reducción del aparato estatal, se encuentra en el artículo 25 de la Ley para el Equilibrio Financiero, previo cumplimiento de una serie de requisitos y formalidades, entre las cuales está la suscripción del compromiso. De consiguiente, el acto impugnado, mediante el cual se acordó conceder el pago a la licenciada Murillo Hurtado, carece de fundamento legal y lesiona intereses públicos, pues responde a la satisfacción de un interés particular, con quebranto del principio de legalidad en Derecho Público, (artículos 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública), pues las normas tienden, en estos casos, a establecer límites de acción, por estar en juego fondos públicos los cuales no se pueden disponer libremente. Con base en lo anterior, concluye, resulta improcedente el pago de la totalidad de los extremos laborales efectuados a la accionada. El fundamento del cese en sus labores está en su renuncia al puesto que venía desempeñando en el A y A. En consecuencia, no existía sustento legal alguno que lo permitiera.

**III.-** Sobre lo relacionado, es menester apuntar lo siguiente. Mediante Ley número 7727 de 9 de diciembre de 1997, Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, se derogó gran parte de la normativa procesal civil tocante a los procesos arbitrales. Con la nueva legislación, en aras de desarrollar la resolución alterna de conflictos, el legislador se propuso, entre otras cosas, desjudicializar en lo posible el arbitraje, para que fuese efectivamente una alternativa de justicia institucional. Corolario de lo anterior, es, por ejemplo, la prohibición de que los órganos judiciales puedan ser designados como árbitros de equidad o de derecho (artículo 25). Por otro lado, la competencia de esta Sala se modificó, al atribuírsele el conocimiento de los recursos correspondientes contra el laudo, sin consideración a procedencia o cuantía (artículo 64). En el numeral 67, se indican las

causales taxativas de nulidad procedentes contra el laudo. De conformidad con esa disposición, con las excepciones específicas representadas por los incisos d) y f), únicamente es posible aducir infracciones de índole procesal que atenten contra la validez del fallo arbitral. Sea, dentro del recurso de nulidad, el pronunciamiento respectivo se limita a determinar la validez o invalidez del fallo, teniendo como base para su examen esas causales, sin entrar a conocer el fondo del asunto, el cual no puede ser variado o enmendado (...).

**IV.-** No obstante lo anterior, y ante la particularidad del sub-júdice, cabe hacer las siguientes consideraciones. Tocante al primer motivo de nulidad alegado por el ente actor, sea, que la controversia no era susceptible de someterse a arbitraje, es menester señalar lo siguiente. El artículo 43 de la Constitución Política dispone: “Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente.” (Lo subrayado no es del original). Como parte del desarrollo de dicha norma, la referida Ley R.A.C., en sus artículos 2 y 18 párrafos 2 y 3, preceptúa: **Artículo 2. Solución de diferencias patrimoniales.** Toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y otras técnicas similares, para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible. ... **Artículo 18. Arbitraje de controversias.** ... Podrán someterse a arbitraje las controversias de orden patrimonial, presentes o futuras, pendientes o no ante los tribunales comunes, fundadas en derechos respecto de los cuales las partes tengan plena disposición y sea posible excluir la jurisdicción de los tribunales comunes./ Todo sujeto de derecho público, incluyendo el Estado, podrá someter sus controversias a arbitraje, de conformidad con las reglas de la presente ley y el inciso 3) del artículo 27 de la Ley General de la Administración Pública.” (Lo subrayado no es del original). El referido inciso 3ero. del artículo 27 de la Ley General de la Administración Pública, establece: “Corresponderá a ambos (se refiere al Presidente de la República y respectivo Ministro), además, transar y comprometer en árbitros los asuntos del ramo.”. Por otro lado, el numeral 66 de este cuerpo normativo, en lo conducente, señala: “1.- Las potestades de imperio y su ejercicio, y los deberes públicos y su cumplimiento, serán irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles. 2.- Sólo por ley podrán establecerse compromisos de no ejercer una potestad de imperio. Dicho compromiso sólo podrá darse dentro de un acto o contrato bilateral y oneroso. ...”. Además, el canon 173 ibídem, en lo que interesa, dispone: “1. Cuando la nulidad absoluta de un acto declaratorio de derecho fuere evidente y manifiesta, podrá ser declarada por la Administración en la vía administrativa, sin necesidad de recurrir al contencioso de lesividad señalado en los artículos 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, N°

3667, del 12 de marzo de 1966, previo dictamen favorable de la Procuraduría General de la República. Cuando la nulidad versare sobre actos administrativos relacionados directamente con el proceso presupuestario o la contratación administrativa, la Contraloría General de la República deberá rendir el dictamen favorable. ...". Por último, el ordinal 183 ibídem, en lo aplicable al sub-lítem, preceptúa: "... 3. Fuera de los casos previstos en el artículo 173, la administración no podrá anular de oficio los actos declaratorios de derechos a favor del administrado y para obtener su eliminación deberá recurrir al contencioso de lesividad previsto en los artículos 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa." (Lo subrayado no es del original).

**V.-** A la luz de las disposiciones anteriormente transcritas, se colige con claridad meridiana que, en nuestro ordenamiento jurídico, únicamente se puede acudir al arbitraje cuando se trate de materia patrimonial disponible. Sea, en conflictos de intereses de carácter patrimonial en los cuales las partes tengan plena disposición sobre los derechos discutidos. En este mismo sentido se ha pronunciado la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en sus votos números 1079 de las 14:48 hrs. del 2 de marzo de 1993 y 2307 de las 16 hrs. del 9 de mayo de 1995. Lo anterior es aplicable a la Administración Pública (central y descentralizada). Por ello, el ejercicio de potestades de imperio o deberes públicos, los cuales son indelegables, irrenunciables e imprescriptibles, no puede ser objeto de compromiso arbitral. En estos casos, además de no ser materia patrimonial disponible, entra en juego el interés público o general, el cual trasciende al de las partes.

**VI.-** En el sub-júdice, el meollo de la cuestión debatida se centra en determinar si es posible someter a arbitraje las pretensiones deducidas en el proceso de lesividad seguido por A y A en contra de la licenciada Murillo Hurtado. En relación, la competencia para decretar la nulidad del acto administrativo, mediante el cual el ente actor le canceló a la accionada los derechos laborales como consecuencia de la nota datada 23 de marzo de 1994, es una función pública, la cual, según se expuso, no puede ser delegada vía arbitraje. La Ley de R.A.C., en su artículo 67 inciso d), dispone, como causal de nulidad del laudo, el haberse sometido a arbitraje una cuestión que, por su naturaleza, no es susceptible de ello. En consecuencia, se impone acoger el presente recurso de nulidad. Por innecesario, se omite análisis sobre el segundo motivo alegado por el recurrente.

**POR TANTO:**

Se declara con lugar el recurso de nulidad interpuesto. Se anula el laudo arbitral dictado por el Tribunal de Arbitraje, constituido para resolver el proceso contencioso de lesividad promovido por el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados en contra de la licenciada Sonia Murillo Hurtado, a las 15 hrs. del 11 de julio del 2000. Por innecesario, se omite pronunciamiento sobre el segundo motivo de nulidad alegado por el ente actor.

El segundo caso examinado por la Sala en donde se estimó que se estaba frente a materia no arbitrable, se refiere a una disputa entre la Municipalidad de Belén y una empresa que pretendía el visado municipal de un plano de segregación de lote.

El asunto fue conocido y resuelto mediante la Res. N° 000747-A-03 de las once horas cinco minutos del cinco de noviembre del año dos mil tres, como producto de la formulación de un recurso de apelación por parte del citado Municipio, en contra del rechazo de su alegato de incompetencia por parte del Tribunal Arbitral.

En este caso, las partes habían suscrito un compromiso arbitral con la finalidad de que se resolviera el conflicto surgido respecto de la correcta interpretación y aplicación de las normas sobre planificación urbana, concretamente respecto de la obligación por parte de la entidad actora de ceder a la Municipalidad parte de una finca de su propiedad, para el cumplimiento de lo establecido en el artículo 40 de la Ley de Planificación Urbana y el ordinal 11.3 del Reglamento para el Control Nacional del Fraccionamiento y Urbanizaciones que en lo conducente prevén la obligación de ceder gratuitamente a favor de los entes municipales, bienes inmuebles, en forma porcentual, para uso de las vías públicas, parques o facilidades comunales, a costa del urbanizador o fraccionador, en proporción al terreno que urbanice o fraccione, según sea el caso.

El conflicto consistía en que la Municipalidad demandada exigía a la sociedad actora cumplir con la obligación de todo fraccionador o urbanizador de terrenos, frente a vía pública existente, en todas las zonas que comprende el Plan

Regulador, de ceder gratuitamente para áreas verdes y equipamiento urbano un 10% del área sin restricciones.

Al conocer del asunto, la Sala resolvió:

**III.-** Sin que implique pronunciamiento alguno relativo a la cuestión de fondo que aquí se discute, el cual se centra en la interpretación y aplicación o no que se ha de hacer de la aludida normativa, concretamente, de si el área en controversia de la referida finca está o no sujeta al dominio público y, por ende, a ser regulada por el derecho de tal naturaleza, de forma que, de tratarse de derechos indisponibles puedan quedar al margen del sometimiento a arbitraje, la exigencia que entraña referente al cumplimiento de la cesión de marras. Dicha normativa es de orden público y su interpretación y aplicación no puede estar sujeta a la decisión de árbitros, toda vez que tales funciones conforman parte de las potestades de imperio que la Administración está llamada a ejercer. De tolerar un proceso arbitral se estaría delegando en el Tribunal decisiones que no le competen y que por el contrario son de exclusivo ejercicio de la Administración. No está demás advertir, que ya la Jurisprudencia constitucional, cuanto los mismos dictámenes que al efecto ha pronunciado la Procuraduría General de la República, todos de carácter vinculante para la Administración, relativos al tema en cuestión, y de los cuales el propio apelante cita ejemplos, hacen mención del carácter indelegable de aquélla, cuanto su indisponibilidad de someter al examen de árbitros materias como tributos, dominio público, seguridad, orden público y salud entre otras. No solo por el contenido de tales criterios y lo demás aquí sustentado, es que se estima que el compromiso arbitral suscrito entre las partes no podía permanecer válido, dado la indisponibilidad de la materia que se pretendía someter al arbitraje. La interpretación normativa que era su objeto, de permitirle en un arbitraje como el que nos contrae, -se repite- violentaría el ordenamiento jurídico pues, el carácter irrenunciable del ejercicio de las funciones que competen a la Administración y entre ellas la citada, tornan en nugatorio cualquier compromiso que obligue a abandonar o delegar en un tribunal arbitral el criterio sobre la legalidad de sus potestades y el ejercicio de las mismas.

El tercer y último caso en donde la Sala Primera se pronunció acerca de la inarbitrabilidad de una disputa de carácter contencioso-administrativo, es el ya aludido caso RITEVE.

Como se ha señalado ya, en ese asunto, la Sala Primera optó por resolver que se estaba frente a un caso que no resultaba susceptible de ser resuelto por la vía arbitral.

El caso se conoció en dos distintas resoluciones por parte de ese Tribunal. En la primera, es decir, la Res. No. 906-A-04 de las nueve horas cuarenta minutos del veintiuno de octubre del año dos mil cuatro, se sostuvo por parte de la Sala Primera, lo siguiente:

**II.-** En el caso bajo estudio, el apelante objeta lo resuelto, argumentando, en lo medular, la incompetencia del Tribunal Arbitral, para avocarse a tramitar este proceso. Así, refiere, en lo conducente, que el objeto del mismo, no es lo que erróneamente refiere el Tribunal: “un mero examen del cumplimiento o incumplimiento de obligaciones contractuales” por parte del CTP concernientes a su obligación de carácter contractual de diseñar una metodología de reajuste de tarifas, en un plazo dado y con un determinado contenido; sino, que lo pretendido se enfoca a: “... sustituir las potestades legales de acción de la Administración en materia tarifaria”, a saber, “la del Estado de fijar las tarifas para la actividad de revisión técnica vehicular.”. Y, en criterio del apelante, ello no es materia disponible al arbitraje, pues como fundamenta con los criterios de la Procuraduría General de la República, cuanto de la Contraloría General de la República, que menciona, estima que: “... La administración posee potestad de imperio para la fijación de las tarifas de revisión técnica”, y “una fijación tarifaria conlleva todo un procedimiento, no es solamente una acción, sino una serie de acciones, no es un asunto que se produzca en forma aislada, por el contrario, se tiene que dar todo un proceso para llegar al fin último que corresponde a la fijación de la misma, por ende es potestad de imperio del Consejo de Transporte Público todo el proceso que se tiene que desarrollar a la fijación de la tarifa.”.

**III.-** En su demanda, Riteve SYC, S.A., aduce el contenido del acuerdo arbitral, plasmado en la relación de las cláusulas numeradas 11.1.1 y 11.1.3, que se refieren a la “Solución de Diferencias y Arbitraje”. Tales, ciertamente contienen ese acuerdo al prever que corresponde resolver por dicha vía:

“... los desacuerdos o diferencias que surjan entre ellos –las partes- en relación con la ejecución del servicio y lo dispuesto en este contrato; lo

anterior sin perjuicio de las potestades que el Ordenamiento Jurídico confiere a la Administración”.

Asimismo, la demandante pretende que el laudo declare:

“1. Que RITEVE, el CTP y el MOPT, suscribieron el CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PARA LA CREACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE ESTACIONES PARA LA REVISIÓN TÉCNICA INTEGRADA VEHICULAR, CELEBRADO ENTRE EL CONSEJO DE TRANSPORTE PÚBLICO Y EL CONSORCIO RITEVE SyC. 2. Que el citado contrato contiene como uno de sus principios fundamentales el de mantener el valor real de las tarifas ofertadas. 3. Que el CTP y el MOPT incumplieron con su obligación contractual de diseñar, aprobar y publicar, antes del 28 de septiembre del 2001, un procedimiento especial para los reajustes del precio del contrato, que contenga una METODOLOGÍA para el cálculo de la actualización de las tarifas que cobra RITEVE, en el marco del contrato, por la prestación del servicio de revisión técnica vehicular. 4. Que el CTP y el MOPT incumplieron el Contrato al no actualizar en forma oportuna el precio del contrato, es decir, las tarifas que RITEVE cobra por el servicio que presta (Cláusula 9.4 del Contrato). 5. Que los incumplimientos en los que han incurrido el CTP y el MOPT son incumplimientos graves. 6. Que el Tribunal Arbitral declare cuál es la metodología correcta que debía aplicarse contractualmente, conforme a las estipulaciones del contrato y a los principios constitucionales, para reajustar los precios ofertados a su valor real, de manera que se respete el equilibrio económico y financiero del contrato. 7. Que el CTP y el MOPT (el ESTADO) deberán indemnizar in integrum a RITEVE, mediante pago directo, los daños y perjuicios que le han ocasionado con su incumplimiento consistentes en: a) el monto que RITEVE dejó de percibir desde julio del 2002 y hasta el 30 de abril del 2004, por concepto de la diferencia existente entre la tarifa establecida y la que hubiere correspondido percibir si el CTP y el MOPT hubiesen cumplido con sus obligaciones contractuales y constitucionales de: a) fijar oportunamente la metodología para la actualización de tarifas, conforme a la cláusula 9.4 (dentro de los tres meses siguientes al refrendo del contrato); b) actualizar las tarifas al momento de arranque del servicio (el 15 de julio del 2002); y c) actualizar las tarifas, por lo menos en forma anual, conforme lo establece el contrato en la cláusula 9.4 (enero del 2003 y enero del 2004). Dicho monto se estima en **DOS MIL CUATROCIENTOS CATORCE MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y DOS COLONES**. b) el monto correspondiente a los costos financieros derivados de la percepción de sumas menores a las que debió percibir, conforme al equilibrio financiero y económico que debe tener el contrato. Esos costos ascienden al 30 de abril del 2004, a la suma de **QUINIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO CINCUENTA Y NUEVE**

**MIL CUATROCIENTOS UN COLONES CON 00/100.** c) el daño moral objetivo, que se estima en **TRESCIENTOS MILLONES DE COLONES CON 00/100**, el cual oportunamente será fijado por un perito actuario matemático. d) la pérdida de oportunidades de negocios, que se estima en la suma de **CIEN MILLONES DE COLONES CON 00/100**. La suma correspondiente al monto que RITEVE dejará de percibir, desde el primero de mayo del año en curso y hasta el 31 de diciembre del 2004, por concepto de la diferencia existente entre la tarifa establecida y la que hubiere correspondido percibir si el CTP y el MOPT hubiesen cumplido con sus obligaciones contractuales y constitucionales de: a) fijar oportunamente la metodología para la actualización de tarifas, conforme a la cláusula 9.4 (dentro de los tres meses siguientes al refrendo del contrato); b) actualizar las tarifas al momento de arranque del servicio (el 15 de julio del 2002); y c) actualizar las tarifas, por lo menos en forma anual, conforme lo establece el contrato en la cláusula 9.4. (enero del 2003 y enero del 2004). Dicho monto, de ser así necesario, será liquidado en ejecución de sentencia. 8. Que el CTP y el ESTADO deben pagar a favor de RITEVE las costas personales y procesales del presente proceso arbitral, consistente en: a) Costos administrativos del proceso arbitral. b) Honorarios del Tribunal Arbitral. c) Costos por evacuación de pruebas y audiencias del proceso, incluida la pericial. d) costas personales, las cuales se fijarán en suma líquida conforme a la tabla de honorarios de los profesionales en derecho, establecida por el Colegio de Abogados y contenida en decreto ejecutivo. e) Cualesquiera otros gastos que genere el proceso, incluidos honorarios por estudios de preparación de la demanda, de índole legal, técnico, financiero y contable. 9. Que el CTP y el ESTADO, deberán pagar intereses legales sobre los montos de la condenatoria, desde la fecha del laudo definitivo y hasta el momento de su efectivo pago a favor de RITEVE. 10. Que en caso de que el CTP, el MOPT o el Estado no presupuesten el pago de las sumas indicadas por la condenatoria del laudo, en el siguiente presupuesto ordinario o extraordinario correspondiente al CTP y/o al Estado, este no podrá aprobarse ni ejecutarse. 11. De conformidad con la Ley 7727 del 9 de diciembre de 1997, el Tribunal Arbitral incluirá cualesquiera otra disposición necesaria para facilitar la ejecución del laudo, aunque no haya sido pedida expresamente.”. (sic).

**IV.-** No ignora esta Sala, la disposición de la Administración de someter algunas de sus tantas controversias de carácter patrimonial con los administrados, a la solución alterna del arbitraje, al amparo del artículo 18 de la Ley de Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, No. 7727 del 9 de diciembre de 1997, ni las bondades de ese mecanismo, de lo que también da cuenta el Tribunal Arbitral, cuando hace referencia tanto histórica como normativa a la figura. Sin

embargo, lo anterior tiene un límite, porque no puede someterse a arbitraje el ejercicio de potestades de imperio, que son irrenunciables, imprescriptibles e intransmisibles, según lo establece en forma expresa y clara el artículo 66 de la Ley General de la Administración Pública, aunque de su ejecución pueda derivarse consecuencias patrimoniales. A diferencia del órgano arbitral, para esta Sala los alcances de la normativa costarricense que permite o promueve el que la Administración utilice el arbitraje, entre ellos, el artículo 43 constitucional, no deben interpretarse con la benignidad que se sugiere, cuando se trate de materia indisponible. Sin que implique pronunciamiento alguno relativo a la cuestión de fondo que se discute, sólo en aras de solucionar el problema de competencia surgido, es del caso definir la naturaleza jurídica de los requerimientos solicitados, con el fin de examinar si las pretensiones objeto del proceso arbitral, llevan o no a delegar en el Tribunal Arbitral potestades de imperio de la Administración, las cuales, como se explicó supra, por su naturaleza son indelegables.

**V.-** Corresponde al Estado, como parte de su función pública, establecer las medidas adecuadas para la circulación por las carreteras de los vehículos automotores, incluyendo lo relativo a su correcto funcionamiento mecánico, a través -entre otros- del sistema de la revisión técnica, estableciendo el artículo 20 de la Ley de Tránsito, que el pago de la revisión será cubierto por los propietarios de los vehículos, según lo establezca el Ministerio de Obras Públicas y Transportes con fundamento en estudios técnicos. En consecuencia, la fijación de dicha tarifa es una potestad estatal, lo mismo que sus reajustes y actualizaciones, por ser de la misma naturaleza, no siendo un elemento consensual del contrato. Si el ejercicio de esa potestad pública es intransferible e irrenunciable, no puede ser objeto de un proceso arbitral, aunque por supuesto, no escapan al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

**VI.-** Del estudio de las peticiones de la demanda, no le cabe duda a esta Sala, que el objeto del proceso arbitral no se constriñe exclusivamente a determinar si el CTP incumplió su obligación de diseñar una metodología de reajuste de tarifas (no de precio) y su posible responsabilidad en el pago de los eventuales daños y perjuicios derivados de esa omisión, porque aunque el Tribunal Arbitral trate de reducir todo el problema a la determinación de si existe un incumplimiento contractual o no, de las pretensiones esgrimidas en la demanda, se aprecia que ellas superan tanto en calidad como en cantidad, a las que alude. Nótese que en el punto sexto de la petitoria, se le solicita al Tribunal Arbitral que declare cuál es la metodología correcta que debe aplicarse para reajustar las tarifas originales (aunque

se diga “precio”) a su valor real, y con base en esa metodología (petitoria sétima), determinar la diferencia entre la tarifa vigente y la que “hubiere correspondido percibir si el CTP y el MOPT hubiesen cumplido con sus obligaciones contractuales y constitucionales...”, a ser retribuida como daños y perjuicios, para lo cual, los árbitros tendrían que pronunciarse y sustituir a la Administración en el diseño del mecanismo de reajuste, lo cual es materia indisponible. La declaratoria de incumplimiento contractual, que contienen las petitorias primera a quinta, no son más que el fundamento donde descansa la pretensión sexta y de ésta, depende la indemnizatoria, por lo que todo está ligado inexorablemente al diseño de la metodología de reajuste de tarifas, pronunciamiento que escapa el objeto de un proceso arbitral, porque de permitirse, se estaría incurriendo una sustitución de potestades legales que solo competen en su exclusivo ejercicio a la Administración, o a los Tribunales Jurisdiccionales comunes en su potestad de control de la función administrativa.

**VII.-** No está de más advertir, que ya la Jurisprudencia Constitucional, cuanto los mismos dictámenes de la Procuraduría General de la República y la Contraloría General de la República, todos de carácter vinculante para la Administración, relativos al tema en cuestión, y de los cuales el propio apelante cita ejemplos, hacen mención al carácter indelegable de la potestad legal que aquí interesa, y de la indisponibilidad de someter al examen de árbitros, materias como tributos, dominio público, seguridad, orden público y salud entre otras. Por el contenido de tales criterios y lo demás aquí sustentados, es que se estima que el compromiso arbitral suscrito entre las partes no alcanza ni comprende los aspectos que aquí interesan, ya que permitirlo violentaría el ordenamiento jurídico, por el carácter irrenunciable e indelegable a un Tribunal Arbitral del ejercicio de potestades públicas.

**POR TANTO :**

Se revoca la resolución apelada N° 008-04 de las 15 horas del 19 de agosto del 2004, y en su lugar se dispone que el Tribunal Arbitral es incompetente para conocer de cualquier controversia surgida entre las partes con ocasión de la interpretación y aplicación de la normativa de orden público que el CPT ha de crear para mantener o renovar la metodología de reajuste de tarifas que le liga en el contrato con la empresa Riteve SyC y mucho menos para crearla. En lo demás se confirma.

A propósito de la petición de adición y aclaración planteada por la parte actora, la Sala volvió a referirse al caso, esta vez mediante la **Res. N° 000343-A-05** de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del veintiséis de mayo del año dos mil cinco.

En esta, el señalado Tribunal dispuso, en lo que interesa, lo siguiente:

### **CONSIDERANDO**

**I.-** Los licenciados Jorge E. Castro B., Hernando París y Fernando Mayorga Castro, en su calidad de apoderados especiales judiciales de la actora, entre varias razones enlistadas, en lo sustancial y pertinente, basan su gestión motivados en que la competencia que le atribuyen al Tribunal Arbitral Ad-Hoc, se fundamenta en que no se pretende sustituir a la Administración en sus potestades de imperio, sino, tan sólo: "... se le indemnice por daños y perjuicios por no haber definido y puesto en ejecución una metodología que permita a la empresa tramitar los reajustes de sus tarifas a todo lo largo del período de ejecución contractual.". Además, porque con fundamento en el criterio vertido por la Sala Constitucional en su sentencia N° 2004-11856, de las 15 horas 42 minutos del 26 de octubre próximo pasado, -que en lo propio "anuló parcialmente el informe de la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa del Área de Servicios de Obra Pública y Transporte de la Contraloría General de la República N° DFOE-OP-25/2003 del 31 de octubre del 2003, en cuanto le imputa incumplimientos al Consorcio Riteve S y C a la fecha de inicio de operaciones y excluye los componentes propuestos por esta empresa sin habersele concedido audiencia alguna"- se posibilita, en su criterio, al Tribunal Arbitral para que "... calcule el cuántum de los daños y perjuicios provocados a la empresa -si así lo considera procedente en el ejercicio de sus facultades- con base (total o parcialmente) en una metodología conocida, diseñada y aprobada por el Consejo de Transporte Público, ante lo cual devendría innecesario que dicho Tribunal tenga que definir una vía metodológica para el cálculo de los daños y perjuicios provocados a nuestra representada.". Por otra parte, solicitan se adicione o aclare la decisión de la Sala en dirección a armonizarse con ese criterio, en su defecto se revise el citado pronunciamiento en los términos que prevé el ordinal 619, inciso 2) del Código Procesal Civil.

**II.-** En interpretación del artículo 158 del Código Procesal Civil, esta Sala reiteradamente ha resuelto que la aclaración y adición sólo proceden respecto de la parte dispositiva del fallo, y lo resuelto con

ocasión de la apelación planteada no es oscuro ni omiso, pues simplemente se limitó a revocar la resolución recurrida, dando los fundamentos claros y exactos que justificaban tal decisión. En todo caso, en aquella oportunidad se explicó de manera precisa las razones por las que se resolvió de esa forma y a diferencia de lo alegado, esta Sala analizó profusamente las razones por las cuales a la luz de la normativa aplicable en la especie, no se mantuvo la competencia del referido Tribunal para dirimir el conflicto suscitado entre las partes aquí litigiosas. Sin embargo, la Sala estima oportuno mencionar que cuando se refiere a la confirmación “en lo demás” del pronunciamiento originalmente impugnado, está aludiendo únicamente a la estimación de la defensa de incompetencia relativa alegada por el Estado, no así en lo concerniente al rechazo de la defensa de litis pendencia alegada por el CTP, pues ello escapa al examen de lo venido en alza. No está por demás señalar que, con vista de las pretensiones esbozadas en la demanda y literalmente transcritas en el Considerando III del auto de esta Sala que ahora se impugna, se aprecia, contrario a como se afirma, que sí se pretende sustituir las facultades de imperio que la Administración está llamada a ejercer en forma exclusiva en el ámbito del régimen tarifario. La estimación de tales pretensiones sería imposible, sin antes establecer la metodología para el reajuste tarifario que la actora echa de menos y, no tendrían sustento, si el Tribunal no se avocara primero a elaborar la misma, la cual, ya se dijo, no le compete al Tribunal establecer por no ser un elemento consensual del contrato, habida cuenta de la naturaleza potestativa y de imperio que la Administración ejerce al fijar, reajustar y actualizar las tarifas para la revisión vehicular. Consecuentemente, sin ese parámetro no ve esta Sala la posibilidad de que el Tribunal pueda ponderar la indemnización que pudiese derivarse de aquél y que reclama en su demanda. Por ende, al ser las demás pretensiones derivaciones del eventual resultado que arrojaría el establecimiento de la metodología venida a menos, en la forma como están planteadas resultarían infundadas, hasta tanto no se establezca por la Administración la correspondiente. La interpretación que se hace del voto de la Sala Constitucional N° 2004-11856, de las 15 horas 42 minutos del 26 de octubre próximo pasado, por desconocerse a qué es lo que en concreto está aludiendo cuando se refiere a la “exclusión de los componentes propuestos por esta empresa”, no alcanza, como se sugiere, para que se posibilite al Tribunal Arbitral calcular la indemnización reclamada. Y, la circunstancia de que el Consejo de Transporte Público en su sesión ordinaria 40-2003 del 21 de octubre del 2003, haya aprobado una metodología como la pretendida, la cual estaba sujeta a la publicación y al análisis del Departamento Legal del mismo con ocasión de la emisión del informe DFOE-OP-25/2003 de la Contraloría General de la República, y que por el mencionado voto se anula parcialmente, no es

suficiente para con sustento en aquella metodología pueda el Tribunal avocarse a realizar los cálculos indemnizatorios reclamados, pues, como bien refieren los propios gestionantes, la misma no ha sido puesta en vigencia.

**III.-** Refuerza lo anterior, lo dicho en el Considerando VI de la resolución que se recurre, en la que expresamente se dijo: **“VI.-** Del estudio de las peticiones de la demanda, no le cabe duda a esta Sala, que el objeto del proceso arbitral no se constriñe exclusivamente a determinar si el CTP incumplió su obligación de diseñar una metodología de reajuste de tarifas (no de precio) y su posible responsabilidad en el pago de los eventuales daños y perjuicios derivados de esa omisión, porque aunque el Tribunal Arbitral trate de reducir todo el problema a la determinación de si existe un incumplimiento contractual o no, de las pretensiones esgrimidas en la demanda, se aprecia que ellas superan tanto en calidad como en cantidad, a las que alude. Nótese que en el punto sexto de la petitoria, se le solicita al Tribunal Arbitral que declare cuál es la metodología correcta que debe aplicarse para reajustar las tarifas originales (aunque se diga “precio”) a su valor real, y con base en esa metodología (petitoria séptima), determinar la diferencia entre la tarifa vigente y la que “hubiere correspondido percibir si el CTP y el MOPT hubiesen cumplido con sus obligaciones contractuales y constitucionales...”, a ser retribuida como daños y perjuicios, para lo cual, los árbitros tendrían que pronunciarse y sustituir a la Administración en el diseño del mecanismo de reajuste, lo cual es materia indisponible. La declaratoria de incumplimiento contractual, que contienen las petitorias primera a quinta, no son más que el fundamento donde descansa la pretensión sexta y de ésta, depende la indemnizatoria, por lo que todo está ligado inexorablemente al diseño de la metodología de reajuste de tarifas, pronunciamiento que escapa el objeto de un proceso arbitral, porque de permitirse, se estaría incurriendo una sustitución de potestades legales que solo competen en su exclusivo ejercicio a la Administración, o a los Tribunales Jurisdiccionales comunes en su potestad de control de la función administrativa.”

Como queda en evidencia, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, ha mantenido de modo reiterado, una postura restrictiva en torno a la materia arbitrable en lo contencioso-administrativo.

Parece claro, por lo señalado en estos tres pronunciamientos, que según el entendimiento de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, las disputas de

Derecho Público no son arbitrables, en tanto tengan relación con potestades administrativas, normativa de orden público o, en general, el ejercicio de la función administrativa.

Se reduce de ese modo lo arbitrable, a aquellas disputas de carácter civil de hacienda.

De este modo, se acoge en la jurisprudencia de la Sala, la tesis doctrinal conforme a la cual, según señala Huergo Lora (2000) “*el núcleo del Derecho público sigue considerándose inasequible al arbitraje porque la Administración no puede disponer sobre los bienes y derechos de que es titular (sea cual sea su contenido)*” (p.187).

## **2.- La tesis de la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la República**

La postura restrictiva en este tema no es tan sólo de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. También la Contraloría General de la República y la Procuraduría, han dejado en evidencia su postura reductiva del ámbito de lo arbitrable.

Luego de una evaluación detallada de los pronunciamientos en la materia de estos órganos, fue posible identificar algunos campos en los cuales se ha entendido que se trata de disputas arbitrables (A) y otros en los que se ha estimado que no cabe acudir al arbitraje (B).

## **A.- Lo arbitrable**

En cuanto a lo que se ha estimado arbitrable, interesa evaluar lo señalado por la PGR en diversos pronunciamientos sobre el tema.

Destacan en la línea de pensamiento de la citada entidad consultiva, lo resuelto mediante el dictamen C-074-89 de 21 de abril de 1989, reiteradamente aludido en su jurisprudencia administrativa. Si bien es cierto, lo que se concluyó en ese caso era que la disputa podía ser transada, lo cierto es que ello conduce a la conclusión de que, también, resultaba arbitrable.

El pronunciamiento se produjo antes de la reforma al artículo 27 de la Ley General de la Administración Pública (No. 6227), que hizo desaparecer el párrafo cuarto de esa norma.

Por ello, la petición conocida por la Procuraduría, tenía como objeto obtener dictamen favorable para poder llegar a un arreglo satisfactorio (transacción) con una empresa privada dueña de una serie de fincas inscritas, afectadas por los Decretos Ejecutivos números 5904 de 11 de marzo de 1976, 6036-6 de 26 de mayo de ese año, 8351 de 4 de abril de 1978, 12.233-G de 26 de enero de 1981 y 13324 de 4 de febrero de 1982.

Al conocer de la petición, la PGR concluyó de este modo:

Teniendo en cuenta la excitativa promovida, la doctrina, jurisprudencia administrativa así como el derecho positivo aplicable al caso, no hay discusión en sostener que la inquietud que indujo a la Administración a promover la solicitud, queda resuelta con sólo decir que no existe obstáculo de orden legal para que el diferendo presentado entre el Gobierno de la República y la representación de la Empresa "Finca de Arboles Río Bananito S.A." pueda ser resuelto con solamente obtener el dictamen favorable de la Procuraduría General de la República el que, ahora, se emite en forma positiva y con el cual queda autorizado el

órgano gestionante para llevar a cabo con la firma de la supracitada sociedad la transacción que pondría término a la controversia suscitada. Así hay que entenderlo porque una cosa es el derecho que tiene el Estado de velar por la conservación de los recursos naturales, - inclúyanse aquí reservas y bosques primarios - (asunto de derecho público), y otra diferente es el poder o facultad que tiene para poner fin a los diferendos a través del derecho privado -valga decir: la transacción, el arbitraje y otros institutos de por sí previstos en nuestro ordenamiento jurídico. Desde luego, que en este orden de ideas, no es que la Administración a la hora de transar, haya optado por renunciar a las potestades públicas porque ciertamente éstas son irrenunciables, sino que al ponerse de acuerdo con el administrado y poder así buscar una mejor solución, sencillamente se aparece a él. En la especie -se repite- se pretende llegar a un arreglo a través del instituto de la transacción, y como las obligaciones ya litigiosas o con vista de que se vayan a presentar son de derecho privado, pues no hay objeción en sostener que aquí están de por medio aspectos patrimoniales, resulta obvio que la voluntad del Gobierno de la República de procurar un arreglo satisfactorio, necesite únicamente del dictamen de la Procuraduría General que como se ha dicho queda emitido en forma favorable.

Otro caso en donde se estableció la arbitrabilidad de la disputa, fue el conocido mediante el dictamen C-186-91 de 22 de noviembre de 1991. Se trata del caso Toro Rojo S.A. en donde se presentaba una reclamación análoga a la examinada en el caso anterior.

La Procuraduría dispuso que avalaba la posibilidad de acudir al arbitraje en ese caso, en tanto “estamos en presencia de reclamaciones estrictamente patrimoniales que no ponen en juego competencias o atribuciones públicas”

Con relación a ese mismo asunto, posteriormente se emitió la OJ-006-2000 de 25 de enero del 2000, en donde se reiteró la arbitrabilidad de la disputa, al tener como objeto el eventual arbitraje, definir, en primer término, si la empresa tiene derecho a ser indemnizada por la presunta incorporación al Parque Internacional La Amistad de un inmueble de 1587,62 hectáreas, que dice ser de su propiedad y

en segundo término, si ese derecho existiera y no se hallare extinguido, determinar el eventual resarcimiento que deba reconocerse.

Se dijo por ello, en esa oportunidad, que en este caso,

El arbitraje no conlleva, en consecuencia, discusión sobre potestades públicas, ni renuncia a su ejercicio que, como se sabe, sólo por ley podría celebrarse un compromiso en tal sentido. La cuestión debatida, circunscrita a los daños y perjuicios que habría irrogado la Administración Central al presunto derecho subjetivo, con fijación de su monto, sería patrimonial, disponible. En dictámenes anteriores se ha reconocido esa naturaleza a asuntos análogos. Es posible entonces someter el conflicto a decisión arbitral.

Por su parte, mediante el dictamen C-045-92 de 4 de marzo de 1992, se conoció la solicitud de homologación del compromiso arbitral suscrito entre el Gobierno de la República, el Instituto de Desarrollo Agrario y la Familia Qualls, con la finalidad de someter a la decisión de árbitros “el diferendo existente por cuestiones de tenencia y ocupación de tierras propiedad de varios miembros de la citada familia”.

Al conocer de esa petición, la Procuraduría se pronunció en estos términos:

Esta Procuraduría, de conformidad con lo dispuesto por el inciso 4) del artículo 27 de la Ley General de la Administración Pública, en relación con el artículo 508 del Código Procesal Civil, emite dictamen favorable al mencionado compromiso por considerar que estamos en presencia de reclamaciones estrictamente patrimoniales y que el asunto no afecta atribuciones o potestades públicas del Estado Costarricense.

Como puede colegirse entonces, la arbitrabilidad de las disputas, para la Procuraduría, está en directa relación con la naturaleza puramente patrimonial de lo pretendido, entendiendo por patrimonialidad, la pretensión de una suma dineraria a título de indemnización.

De estarse frente a una pretensión que no tenga esa naturaleza y envuelva de alguna forma, el ejercicio de una determinada potestad administrativa, la disputa resulta inarbitrable.

## **B.- Lo no arbitrable**

Al igual que la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, tanto la CGR, como la PGR, han mantenido una postura restrictiva de lo arbitrable, que en lo fundamental, se sustenta en el dogma de la indisponibilidad de las potestades de imperio.

El punto de partida de esa postura, podría encontrarse en el dictamen C-089-1999, en donde se entró a evaluar esa temática de modo sistemático.

Se señaló en ese pronunciamiento, en lo que a la materia arbitrable se refiere, lo siguiente:

En el campo de la disponibilidad de la materia para ser sometida a un proceso arbitral, en efecto hay materias que pueden ser sometidas a transacción y arbitraje en virtud de la potestad discrecional de la Administración y su capacidad efectiva de decisión. Sin embargo, es clara la existencia de ciertos asuntos en los que definitivamente no cabe la aplicación de los procesos de arbitraje o transacción, como lo serían: tributos, dominio público, seguridad, orden público y salud, por citar algunos ejemplos.

A este respecto se ha referido también la Doctrina señalando:

"...3) No puede someterse a decisión arbitral:

a) la determinación del régimen de prestación de un servicio público, cuando ese régimen se ha organizado en consideración a una necesidad pública; ni la determinación de su objeto; b) la forma de ejercicio del poder de policía general ni del poder de policía del servicio público: por virtud del mismo principio, tampoco las medidas disciplinarias; c) las tarifas básicas de precio del servicio público; d) la

forma de contralor que la Administración Pública debe ejercer sobre el otro contratante (concesionario, contratista de obra pública o de suministro; funcionario o empleado especialmente contratado, etc.); e) el declarar la legitimidad o ilegitimidad de actos administrativos; f) la determinación del monto de impuestos o tasas o contribución de mejoras, a menos que respecto de estas últimas sea necesaria la determinación de las prestaciones realizadas por la Administración pública." (BIELSA, R.op. cit., pp 539-540).

En sí, el arbitraje no es permitido en materias que impliquen el ejercicio de una potestad de imperio, al tratarse de potestades irrenunciables de la Administración, tal y como lo señala el artículo 66 de la Ley General de la Administración Pública, al decir:

"1. Las potestades de imperio y su ejercicio, y los deberes públicos y su cumplimiento serán irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles.

2. Solo por ley podrán establecerse compromisos de no ejercer una potestad de imperio. Dicho compromiso sólo podrá darse dentro de un acto o contrato bilateral y oneroso.

3. El ejercicio de las potestades en casos concretos podrá estar expresamente sujeto a caducidad, en virtud de otras leyes.

Por otra parte, y en relación directa con el tema de qué puede ser sometido a arbitraje, como hemos ya señalado, el artículo 18 de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, contiene una autorización genérica para que el Estado y los sujetos de derecho público, sometan sus controversias patrimoniales a arbitraje.

Así, en la determinación de estos supuestos, es conveniente recordar lo que la Procuraduría había pronunciado al respecto, cuando mediante estudio realizado por los Procuradores Dra. Magda Inés Rojas Chaves y Lic. Francisco Villalobos González, de fecha 18 de marzo de 1994, se indicó:

"El principio general en orden al arbitraje es que puede acudirse a él para dirimir las controversias patrimoniales. Principio que se desprende del artículo 43 de la Constitución Política... Excede dicho principio toda proposición de arbitraje que comprenda directa o indirectamente asuntos de derecho público. Circunstancia que es, por sí sola, excepcional, en la medida en que el arbitraje concierne, por principio, pretensiones de índole patrimonial. El concepto de "asuntos de derecho público" abarca toda regulación que involucre los institutos específicos regulados por el derecho público en sí mismo considerados, sean potestades, servicios públicos, o bien el dominio público, etc. y la ejecución de las regulaciones correspondientes en la medida en que exceda el aspecto puramente patrimonial. Regulaciones que son de rango legal por la índole de la materia y que incluso conciernen el orden público institucional, como es el caso de las potestades públicas y su ejercicio o el dominio público..." ( El subrayado es nuestro).

La tesis preponderante, podría ilustrarse con el siguiente argumento, contenido en el dictamen C-111-2001 de la PGR, en el cual se se dijo lo siguiente:

la Administración no puede renunciar ni comprometer el ejercicio de sus potestades públicas por virtud de un pacto que lo –sic- obligue a **abandonar** en manos de un tercero, sea de un árbitro o del propio administrado, **el criterio sobre la legalidad y la conveniencia de su ejercicio**. El inciso 2 del numeral 66 de la Ley General de la Administración Pública, claramente dispone los límites jurídicos dentro de los cuales podría eventualmente **declinarse el ejercicio** de estas funciones públicas. En lo que interesa, dicho numeral establece que “Sólo por ley podrán establecerse compromisos de **no ejercer una potestad de imperio**. Dicho compromiso sólo podrá darse dentro de un acto o contrato bilateral oneroso” –el resaltado no consta en el original-

Por su parte, de forma reiterada y sistemática, la CGR ha entendido que solo será legítima una cláusula arbitral, cuando establezca que los conflictos arbitrables son tan sólo aquellos con carácter patrimonial y además disponible, no así cualquiera que surja en la fase de ejecución contractual.

Bajo esa perspectiva, se ha llegado a estimar que “...*aunque la diferencia sea de carácter patrimonial, no podría someterse a arbitraje si está de por medio alguna potestad de imperio de la Administración*” (Oficio No. 06810, de 21 de junio de 2004 (DI-AA-1285).

En el mismo sentido, se ha entendido que “*las cláusulas exorbitantes que devienen de las potestades de imperio son irrenunciables y no se pueden comprometer en un arbitraje*” (Oficio No. 06665 de 18 de junio de 2001 (DI-AA-1667)).

No ha admitido la CGR, tampoco, incluir en el objeto del acuerdo arbitral temas como “*los ajustes tarifarios*” (Oficio No. 08545, de 27 de julio de 2004 (DI-AA-1613)), tesis que comparte la Procuraduría General de la República (Opinión Jurídica OJ-080-2004), bajo el argumento de la indisponibilidad de las potestades administrativas.

Igualmente, se ha establecido que no es viable, jurídicamente, que el objeto de un acuerdo arbitral sea la determinación de la nulidad o legitimidad de un contrato administrativo, aduciéndose para ello, la existencia de una “*norma constitucional que atribuyó esa facultad a la jurisdicción contencioso administrativa*” (Oficio No. 10651, de 11 de octubre de 2000 (DAGJ-2510-2000)).

Siempre en el caso de la CGR, fue posible determinar que a propósito de algunos de sus pronunciamientos vertidos en el ejercicio de su potestad de refrendo de los contratos administrativos, ha identificado algunas otras materias que a su juicio no resultan arbitrables.

A manera de ejemplo, para el órgano contralor, “*aspectos de orden exclusivamente técnicos*” son materia no arbitrable.

Así resulta de lo señalado en el Oficio No. 05800, de 03 de junio de 2003 (DI-AA-3333), en que se decidió no otorgar el refrendo a un contrato administrativo del Instituto Costarricense de Electricidad, al estimarse que en:

2. El punto 12 de las condiciones generales del cartel de licitación, estipula que de “surgir discrepancias, entre las partes, en **aspectos de orden exclusivamente técnicos**, en referencia a la ejecución de la obra, las partes en común acuerdo, podrán renunciar, a la vía jurisdiccional y resolver el diferendo en única instancia, por medio del arbitraje. (El resaltado no es del original).

En el mismo sentido, tampoco se ha estimado por parte del Órgano Contralor como arbitrable, “...*diferencias o discrepancias de índole técnica*”, según se dijo, en el Oficio No. 01749, de 20 de febrero de 2002 (DI-AA-489) y el Oficio No. 04622, de 07 de mayo de 2003 (DI-AA-1125).

En el primer caso, se señaló lo siguiente:

En la cláusula décimocuarta se dispuso que las partes podrán acudir al proceso de arbitraje para resolver sus diferencias y discrepancias de “*índole técnicas*”, relacionadas con el presente contrato. Tal disposición resulta improcedente, ya que tratándose de entidades públicas debe tenerse presente que únicamente se puede someter a arbitraje conflictos de índole estrictamente patrimonial y de naturaleza disponible (vid. artículo 18 de la Ley No. 7727).

En suma, como puede observarse, existe un notorio afán restrictivo de la materia que pueden las administraciones públicas someter a arbitraje, al grado de que se ha llegado a cuestionar la posibilidad jurídica de los arbitrajes periciales, por considerarse que no se trata de materia patrimonial !

Sobre todo ello se volverá a propósito de las consideraciones que, de *lege lata*, resulta oportuno formular.

## II.- LA EVOLUCIÓN DESEADA

Una vez examinado el estado de la cuestión, parece oportuno entrar a la evaluación crítica de las tesis que en uno y otro foro se ha esgrimido, para establecer la arbitrabilidad o no de una determinada controversia contencioso-administrativa.

Para ello, es preciso examinar, en primera instancia, el principal argumento que de modo recurrente se formula para negar que las actuaciones de Derecho público de las administraciones públicas es arbitrable, es decir, el dogma de la indelegabilidad de las potestades administrativas (1).

Cumplida esa evaluación, también será necesario examinar otros argumentos que se utilizan para negar la arbitrabilidad de este tipo de conducta administrativa (2).

### ***1.- LA INDISPONIBILIDAD DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS COMO OBSTÁCULO AL ARBITRAJE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO: UNA TESIS DE DUDOSA VALIDEZ***

Hasta ahora, apenas se ha identificado las grandes líneas de la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en torno a lo arbitrable y lo no arbitrable en materia contencioso-administrativa.

Es preciso, sin embargo, realizar un detallado examen de cada uno los argumentos esgrimidos para declarar inarbitrable un determinado conflicto (B), si bien antes de ello, interesa evaluar el contexto jurídico en que tales pronunciamientos se han producido (A).

## **A.- Contexto jurídico-normativo**

Oportunamente se dedicó en este estudio, todo un capítulo al régimen constitucional del arbitraje en el modelo costarricense.

De esa elaboración cabe retomar algunos de sus principales resultados, de previo al análisis crítico de las tesis esgrimidas por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, para desestimar la arbitrabilidad de cierto tipo de disputas contencioso administrativas.

Como se explicó, a propósito de la secular tradición constitucional costarricense conforme a la cual, el derecho a acudir al arbitraje para resolver disputas de carácter patrimonial, es un derecho fundamental, es posible derivar una serie de lineamientos a los efectos de la interpretación de la normativa infraconstitucional que reglamenta esta garantía.

Entre ellos, se mencionó que la promoción del arbitraje debe verse como un deber jurídico que alcanza a todo intérprete de la normativa referida a la materia, de modo que siempre deberá procurarse por la solución que más beneficie el ejercicio de esa garantía fundamental. Impera, en suma, el Principio pro arbitraje.

Recuérdese que la esencia de esta garantía, como dice la Sala Constitucional (Res. No. 2999-2005), radica “en el principio de libertad y disposición de las partes para elegir la vía donde resolver sus diferencias y conflictos”, lo cual hace de obligada aplicación, también, el Principio pro libertate.

Pero además, como se vio, de modo reiterado la misma Sala Constitucional ha calificado el arbitraje, ya no tan sólo como una garantía fundamental nominada o típica de libertad, sino como un “sano principio constitucional”, de modo que resulta obligado acudir al momento de aplicar el artículo 43 constitucional, a la técnica de la ponderación, según la cual, resulta obligado optar por aquella

interpretación jurídica que ocasione la máxima efectividad posible de la garantía, considerando las circunstancias del caso.

Considerando esa base fundamental de partida, es oportuno también aludir a la *voluntas legis* que impera en esta materia.

A diferencia de lo que sucede en otros medios como el francés y español, en el caso costarricense, el legislador ordinario no ha cesado desde hace varias décadas, de incentivar e impulsar el arbitraje en el Derecho administrativo desde muy diversas trincheras, lo cual denota su interés por hacer posible que las administraciones públicas o mejor aún, el interés público, también se beneficie de las fortalezas de este instituto.

Una rápida ojeada a la evolución normativa en este campo, permite afirmar sin asomo de duda el denodado interés del legislador ordinario de ampliar los márgenes de acción del arbitraje en el Derecho público.

Como se sabe, pero vale la pena recordar, de previo al actual régimen, el arbitraje en Derecho administrativo estuvo regido por la Ley General de la Administración Pública (No.6227) y el Código Procesal Civil (No.7130).

En efecto, en un primer momento, fue la LGAP la que vino a regular la temática de interés. Lo hizo a propósito de la regulación incluida en el artículo 27 relativa a las atribuciones del Presidente y del Ministro del ramo.

La norma tuvo como objeto y fin expreso, innovar en el Ordenamiento Jurídico Administrativo y a fe de que se consiguió.

Según señalaron sus redactores, de previo a su puesta en vigor, tanto la transacción como el arbitraje se entendían prohibidos (Quirós Coronado, 1996).

La aludida disposición, en su conjunto, vino a complementar lo dispuesto por el artículo 140 constitucional. Efectivamente, la norma introdujo otros deberes y atribuciones que corresponden, conjuntamente, al Presidente de la República y al Ministro de Gobierno.

En lo que a este estudio interesa, el párrafo tercero y cuarto establecieron, en su orden, la atribución de ejercicio conjunto del Presidente y Ministro de Gobierno, de “...*transar y comprometer en árbitros los asuntos del ramo*”, la cual sujetaron, acto seguido, a un expreso requisito de validez.

De esta forma, el párrafo tercero definió el órgano –de relevancia constitucional- al cual se atribuyó la capacidad de transar y comprometer en árbitros, a nombre y por cuenta del Estado –central-, con lo cual se solventó la carencia de una definición legal del órgano competente para el ejercicio de dicha potestad.

Acto seguido, en el párrafo cuarto se reguló la sujeción de dicha competencia a un requisito de validez, a saber, la aprobación de la Asamblea Legislativa, para el caso de transacciones o compromisos relativos a asuntos de Derecho público y de la Procuraduría General de la República, para asuntos de Derecho privado con una cuantía mayor a los cien mil colones.

Esta última disposición merece un comentario especial, en el tanto no solo permite apreciar los requisitos de validez a que se sujetó la aludida competencia, sino además, y esto es lo más importante en realidad, en el tanto vino a aclarar los verdaderos límites materiales de la potestad de transar y comprometer en árbitros del Estado.

Usualmente, la atención del aplicador del Derecho se ha centrado en el requisito de validez a que se sujetó el ejercicio de esa atribución. Sin embargo, sin duda, el más importante aporte de este párrafo cuarto, fue haber aclarado cualquier duda

con relación a la materia arbitrable, regulada por el párrafo tercero del mismo artículo.

En efecto, se trata de un aspecto que ha pasado prácticamente inadvertido, pero que tiene una especial importancia e interés, al aportar criterios objetivos para resolver la artificial discusión que aún persiste en torno a lo arbitrable en Derecho administrativo.

Literalmente, el párrafo cuarto del artículo 27 de la LGAP, dispuso: “4. *La transacción y el compromiso sobre asuntos de derecho público requerirán aprobación de la Asamblea Legislativa, y los que versen sobre asuntos de derecho privado y excedan de cien mil colones requerirán dictamen favorable de la Procuraduría General de la República.*”

Como se resalta con el subrayado, la norma dejó en claro que la atribución dispuesta en el párrafo anterior, incluyó y sigue incluyendo, tanto los conflictos que atañen a la capacidad de Derecho público, como la de Derecho privado del Estado.

Según la misma LGAP, las administraciones públicas poseen personalidad jurídica y capacidad tanto de Derecho público, como privado (Art.1). Según se sabe, los entes públicos tienen necesariamente doble capacidad jurídica, la pública y la privada. Por la última se entiende “... *la desarrollada bajo el imperio del Derecho privado (civil, mercantil o laboral) sea mediante contratos u otros modos de creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones, sea en ejercicio y cumplimiento de estos últimos...*” (Ortiz, 2002, p.120).

A *contrario sensu*, la capacidad de Derecho público de las administraciones, es aquella regida por el Derecho administrativo. Es decir, la relativa al ejercicio de potestades de imperio y a todo el régimen jurídico exorbitante del Derecho común.

Siendo esto así, la norma dejó en claro algo que aún sigue negándose sin razón: la atribución dispuesta por el párrafo tercero involucra, también, conflictos relativos a potestades públicas, sea porque se han ejercido de forma ilegítima o por no haber sido ejercidas.

Cuando la norma –párrafo cuarto- reguló el requisito de validez a que quedaba sujeta la transacción o el compromiso “*sobre asuntos de derecho público*”, dejó en claro que en virtud de la atribución dispuesta por el párrafo tercero del mismo artículo, era posible someter a transacción y arbitraje tanto aquellos conflictos relativos a la capacidad de Derecho público del Estado, como también, los relativos a su capacidad de Derecho privado.

De esta forma, sin duda, la principal innovación de la LGAP en el tema, fue haber reconocido como atribución del Presidente y el Ministro del ramo, transar y comprometer en árbitros, conflictos tanto de Derecho público como de Derecho privado, si bien con sujeción a determinados requisitos de validez.

El impacto de esa innovación, sin embargo, no fue el deseado. Además de la tradicional y aún vigente resistencia a los métodos de solución de controversias no judiciales en este campo, incidieron distintas circunstancias.

La primera se refiere a la manifiesta dificultad de obtener una autorización a nivel legislativo, para optar por arbitrajes en el campo del Derecho público. La segunda razón debe relacionarse con el vetusto régimen procesal imperante en esa época.

Más tarde, estando en vigor tal regulación, entró a regir el CPC, el cual incluyó un Título IV relativo a “Procesos Especiales”, uno de los cuales, es decir el regido por el Capítulo III, fue precisamente el del arbitraje.

Dentro de esas normas, una se dedicó en especial a regular la “facultad del Estado”, como lo describe su epígrafe, de acudir al arbitraje.

Tal disposición no solo reiteró la facultad del Estado central de transar y comprometerse en árbitros, sino que la hizo extensiva a “*sus instituciones y las municipalidades*”, con lo cual se solventó, ahora de forma regular, la laguna existente en cuanto a estas últimas entidades de Derecho público.

Lamentablemente, en cuanto a la aprobación exigida para el ejercicio de la potestad de transar y comprometer en árbitros, el artículo 508 del CPC no fue congruente con las disposiciones del párrafo cuarto del artículo 27 de la LGAP. En efecto, el primero sujetó la aludida potestad, a la “*previa autorización de la Asamblea Legislativa o del Poder Ejecutivo, según corresponda*”, cuando como se ha visto, el párrafo cuarto del artículo 27 de la LGAP la sujetaba a la aprobación de la Asamblea Legislativa o de la Procuraduría General de la República.

En todo caso, en lo que acá interesa, dejando al margen la pesada tramitación a que se sometió tanto a la transacción como al arbitraje, resulta de interés destacar que la regulación permitió, de forma expresa, tener por autorizada esa actividad, tanto en cuanto a la capacidad de Derecho público como de la de Derecho privado de las administraciones públicas, sean éstas centralizadas o descentralizadas.

De este modo, el mérito de dichas regulaciones fue romper, de forma expresa aunque tal vez temerosa, con el principio de interdicción del arbitraje en Derecho administrativo, de origen decimonónico (Jarrosson, 1997).

Ese primer impulso del legislador fue posteriormente ampliado en la década de los años noventa del siglo recién pasado, durante la cual se produjo una decidida y sistemática admisión del arbitraje en el Derecho administrativo en diversas disposiciones legales, en su mayoría, de carácter sectorial.

Tal circunstancia quedó de manifiesto, mediante la puesta en vigencia de normas como la Ley de Contratación Administrativa (No.7494); la Ley de Expropiaciones (No. 7495) y la Ley General de Concesiones de Obras Públicas con Servicios Públicos, impronta que se vio coronada con la entrada en vigor de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (No.7727), que vino a modernizar el soporte procesal requerido por las aludidas disposiciones sectoriales y a introducir una norma que, de forma genérica, autorizó a todo sujeto de Derecho público a resolver sus conflictos mediante métodos extrajudiciales.

Ahora bien, en ese proceso evolutivo, interesa destacar una medida legislativa que ha de apreciarse en sus verdaderos límites y espíritu.

Se trata de la decisión del legislador de reformar el artículo 27 de la LGAP, eliminando su párrafo cuarto, es decir, la norma en el cual se había dispuesto, como se ha explicado ya, el expreso señalamiento de que para el caso de las disputas de Derecho público, era preciso una autorización del Poder Legislativo, mientras que para las dispuestas de Derecho privado, era precisa la autorización o aval de la Procuraduría General de la República.

Ahora bien, interesa destacar que al tomarse esa decisión, el interés del legislador nunca fue reducir el ámbito de lo arbitrable –conflictos de Derecho público y de Derecho privado-, sino más bien, eliminar las pesadas ataduras a que había quedado condenado el Estado y sus instituciones para someter a arbitraje sus conflictos.

Es decir, para el legislador, se mantuvo intacta la regla de que la materia arbitrable, en el ámbito de controversias administrativas, es tanto aquella referida al ejercicio de potestades de imperio, como la referida a la personalidad de Derecho privado de las administraciones públicas. La diferencia está, en que desaparecen las ataduras a que estaba sujeta tal alternativa.

Así cabe entenderlo, a partir de lo discutido en el Expediente Legislativo No. 11.800, referido a la “Ley sobre Expropiación”, hoy Ley No. 7495, en donde consta que los entonces Diputados Trejos Salas y Fernández Alvarado mocionaron con el objeto de que se incluyera una “disposición derogatoria del inciso 4 del artículo 27 de la Ley General de la Administración Pública”, lo que fue calificado por el asesor técnico de la Comisión de Asuntos Jurídicos, como una decisión con el objeto de que “esta medida arbitral sea más operativa” (Exp. Leg. No. 11800).

De este modo, es claro que la *voluntas legis* siempre fue facilitar el arbitraje para solventar las disputas administrativas, sean éstas de Derecho público o de Derecho privado, circunstancia que luego se confirma mediante la Ley RAC (No.7727) cuyo articulado hace en diversos momentos alusión al Estado y sus instituciones.

En suma, tanto la Constitución como las diversas disposiciones legales comentadas, admiten de modo expreso el arbitraje como modo de solución de disputas, inclusive en las cuales participe un sujeto de Derecho público y aún si se trata de diferendos relativos a su capacidad exorbitante del Derecho común.

Es en ese contexto administrativo, que debería haberse valorado si una determinada materia es o no arbitrable, no a partir de un sesgo de desconfianza en la figura (Santamaría Pastor, 2004) o a partir de “reticencias anti-arbitraje” (Fernández Rozas, 2005, p.67).

**B.- En detalle, la doctrina de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, para estimar la inarbitrabilidad de conflictos referidos a potestades de imperio**

Como se pudo comprobar, en al menos tres pronunciamientos, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia estableció la inarbitrabilidad de sendos conflictos contencioso-administrativos, por lo que resulta de interés evaluar los argumentos en que se sustentan tales decisiones, para su correspondiente confrontación con el contexto constitucional y legal recién examinado.

Entre otros recursos, los pronunciamientos procuran sustentarse en resoluciones de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, precisadas tan sólo en la primera sentencia examinada, que alude expresamente a la Res. No. 1079 de las 14:48 hrs. del 2 de marzo de 1993 y 2307 de las 16 hrs. del 9 de mayo de 1995 de de dicho Tribunal.

Ahora bien, cabe destacar que en esos fallos, la Sala Constitucional se había pronunciado en el sentido de que, en nuestro ordenamiento jurídico, únicamente se puede acudir al arbitraje cuando se trate de conflictos de intereses de carácter patrimonial en los cuales las partes tengan plena disposición sobre los derechos discutidos, sin que se haya referido a si una pretensión anulatoria de un acto administrativo, por ejemplo, es materia patrimonial disponible o no.

Ha sido la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, quien ha señalado en los tres casos referidos, que al mediar en un conflicto el ejercicio de potestades administrativas, de modo automático se está frente a una disputa que envuelve materia indisponible.

Hecha esta aclaración, es preciso indicar que en efecto, como se expuso en el Capítulo II de esta investigación, la patrimonialidad de la disputa califica como un límite interno de la garantía fundamental que declara el artículo 43 constitucional,

el cual ha sido ampliado o complementado por el legislador, al establecerse en la Ley RAC (No. 7727) que son arbitrables aquellas diferencias de naturaleza patrimonial y además de ello disponibles.

De este modo, el punto medular en esto es ¿qué se entiende por disputa patrimonial disponible?

Como se ha visto, para la Sala Primera de la Corte, una disputa referida al ejercicio de potestades de imperio o deberes públicos, los cuales son indelegables, irrenunciables e imprescriptibles, “no puede ser objeto de compromiso arbitral”, en tanto “En estos casos, además de no ser materia patrimonial disponible, entra en juego el interés público o general, el cual trasciende al de las partes”.

Es decir, surgen en realidad dos distintos argumentos: por un lado, el del dogma de la indisponibilidad de las potestades administrativas y por el otro, aquél según el cual, cuando entra en juego el interés público, el cual trasciende al de las partes, no cabe admitir la intervención arbitral.

Ni uno ni otro argumento, a mi juicio, son de recibo. Más aún, encuentro en la fórmula de la Sala Primera, vicios de constitucionalidad por un lado y de legalidad por otro.

En cuanto a lo primero, como se vio, al estarse frente a una garantía fundamental con estructura principal, es deber el intérprete acudir a la técnica de la ponderación, de modo que se opte por la solución más beneficiosa para la garantía en juego.

Parece claro que en este caso, lejos de acudir a la técnica de la ponderación, se ha acudido a la técnica de la represión.

En efecto, lejos de examinar alternativas para hacer posible el ejercicio del derecho a ver resueltas de modo definitivo las disputas, -en este caso, de carácter administrativo-, la Sala Primera ha optado por cerrar de modo definitivo y terminante, toda posibilidad.

En cuanto a lo segundo, es claro que lo resuelto deja de lado que el legislador ordinario quiso, desde la entrada en vigor de la LGAP (No. 6227), que fuese posible arbitrar disputas relacionadas con la capacidad de Derecho público y de Derecho privado del Estado y sus instituciones, no tan sólo, con relación a estas últimas, como dispone la Sala Primera en este pronunciamiento.

Por otra parte, el recurso al dogma de la indisponibilidad de las potestades administrativas, no resulta en modo alguno justificado por dos distintas razones.

En primera instancia, como se ha entendido con razón, “... *el árbitro no sustituye con su actividad a la Administración, sino al órgano judicial*” (Bustillo Bolado, 2001, p.. 303). De esta forma, no cabe aducir de ningún modo, que al llevarse a arbitraje una disputa relacionada con el ejercicio de una potestad administrativa, se vulnera el aludido principio dispuesto por el artículo 66 de la LGAP.

Como bien señala López Menudo (1999), “*Mediante el arbitraje, la Administración no cede, o se allana, o tolera, o abandona, el cumplimiento de la norma imperativa, sino que defiere la solución del conflicto a un órgano que, por hipótesis, cuidará de la legalidad y juridicidad conforme a los principios constitucionales*” (p.19).

El árbitro, como el juez contencioso administrativo, en supuestos como los examinados, valora la legalidad de la conducta administrativa, sin que para ello deba ejercer la potestad respectiva. Tampoco se la apropia, ni sustituye en su

ejercicio a la administración competente. Solo enjuicia su modo de ejercicio, de forma objetiva, acudiendo para ello a recursos exclusivamente jurídicos.

Nótese además, que según se dispone en el actual régimen procesal, la posibilidad, de por sí excepcional, de sustituir a la administración pública en el ejercicio de una determinada competencia, es una potestad residual del juez de lo contencioso administrativo en fase de ejecución de sentencia, no así del árbitro.

De este modo, si al árbitro se le reconoce, como se explicó oportunamente en el primer capítulo de este estudio, tan sólo la potestad de decir el Derecho – *iurisdictio*- y no la potestad de hacer valer su decisión de modo forzoso, para lo cual es tan sólo competente el juez estatal en la fase de ejecución del laudo – *imperium*-, ¿cómo podría vedarse la intervención arbitral, bajo el argumento de la imposibilidad de sustitución de la administración en el ejercicio de sus potestades?

La segunda objeción que cabe hacer al argumento de la indisponibilidad de las potestades administrativas, se refiere al razonamiento seguido en la doctrina por Huergo Lora (1996) a propósito de su estudio relativo a los convenios sobre los actos y potestades administrativas.

Como bien explica el autor, cuando se alcanzan acuerdos referidos a la potestad administrativa, “... *la Administración no cede a un tercero sus potestades ni renuncia definitivamente a su ejercicio, sino que simplemente vincula éste para un caso concreto. Es decir, no realiza, en sentido estricto, un acto de disposición, sino un acto de ejercicio o de administración de esa potestad*” (p.268).

El razonamiento es perfectamente aplicable al caso del arbitraje que se examina. Cuando un sujeto de Derecho público decide acudir a la vía arbitral para resolver un litigio, lejos de ceder a un tercero –sea éste su contraparte o el árbitro- su

potestad, en realidad tan sólo realiza un acto de disposición o administración de aquella. En suma, en modo alguno, opera un desprendimiento de la potestad.

Resta por examinar la tesis referida a la prevalencia del interés público y su indisponibilidad.

En la doctrina existe una tendencia según la cual, no cabe arbitrar conflictos en los cuales medie el interés público (Tornos Más 1995; Rosa Moreno, 1998; Parejo Alfonso, 1999; Ferret Jacas, 1999).

Para esta doctrina, en aquellos supuestos en que debe discutirse lo que la administración pública entiende que es de interés general, solo puede intervenir el juez estatal... Se trata, sin embargo, de una tesis que normalmente no va acompañada de sólidas razones de carácter jurídico. Más bien, asoma en la tesis, un cierto sesgo de dogmatismo y desconfianza.

Visto lo señalado en sus pronunciamientos por parte de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, todo indica que este Tribunal parece compartir esa postura doctrinal, si bien se intenta agregar un cierto matiz jurídico, al relacionar el interés público con la materia indisponible.

La tesis no puede compartirse, en primera instancia, porque desde la puesta en vigor de la LGAP, como se ha visto, el legislador, precedido de legitimidad democrática, decidió que si era posible transar y comprometer en árbitros, aún en el ámbito del Derecho público. De este modo, negar esa posibilidad, bajo el argumento que se estudia, implica violar por falta de aplicación, la aludida regla de orden público.

Ahora bien, queda un aspecto por analizar: ¿por qué, desde el punto de vista jurídico –que no emocional ni ideológico- cuando se produce una controversia en

que media el interés público, si puede intervenir el juez estatal y no así el árbitro, si tanto el último, como el primero, han sido habilitados por la ley para hacerlo?

Y es que, como bien señala en la doctrina francesa Jarrosson (1997), no existe incompatibilidad racional alguna entre el arbitraje y el Derecho administrativo, si se considera que *“la justice arbitrale est aujourd’hui considérée comme partageant la même éthique et la même fin que la justice étatique, au-delà de la diversité des voies et des moyens qu’elles emploient”* (p.18).

En efecto, como explica Oppetit (1998), el Juez y el árbitro hacen derivar su *ratio decidendi* de fuentes idénticas y, en un plano de igualdad, ambos actúan sujetos a las reglas de orden público, dicho lo cual, es preciso referirse al último argumento esgrimido por la Sala Primera para desechar la arbitrabilidad de las disputas relativas a potestades administrativas.

Se ha dicho por parte de la Sala, que en el caso de normativa de orden público “su interpretación y aplicación no puede estar sujeta a la decisión de árbitros”, así como que un tribunal arbitral “es incompetente para conocer de cualquier controversia surgida entre las partes con ocasión de la interpretación y aplicación de la normativa de orden público”.

Si bien es cierto ya se hizo alusión a este tópico, es preciso reiterar la crítica que puede anticiparse con sustento en el dicho de Oppetit (1998).

Al igual que el Juez, el árbitro debe ajustar su decisión a las normas de orden público. Aún más, de violarlas –sea por indebida aplicación o por su falta de aplicación-, dice la Ley RAC, lo decidido estaría viciado de nulidad...

En efecto, los laudos son nulos en tanto se resuelva “*en contra de normas imperativas o de orden público*”, al decir del artículo 67 inciso f) de la Ley No. 7727.

¿Frente a tal señalamiento legal, cómo entender entonces, como lo hace de modo reiterado la Sala Primera, que está vedado al árbitro aplicar normas de orden público?

Hoy día, como se ha explicado ya, al menos a nivel del Derecho comparado, se ve a los árbitros más bien como garantes de las normas imperativas. En efecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia comparadas, lejos de cuestionar la capacidad de los árbitros de aplicar o interpretar normas de orden público, entienden que existe un deber de éstos de considerarlas al momento de laudar. Se ve en ellos, un mecanismo de control capaz de imponer límites a la autonomía de la voluntad de quienes suscriben un acuerdo arbitral, al momento de elegir la normativa aplicable (Seraglini, 2001).

Todo indica que esta vertiente fue la que influenció al legislador ordinario costarricense, en vista de lo dispuesto por el citado artículo 67 inciso f) de la Ley RAC.

¿Cómo podría sustentarse entonces, de modo jurídico, no así emocional o ideológico, la tesis de la Sala Primera que veda al árbitro la competencia de aplicar la normas de orden público?

De nuevo, surge en la tesis, una franca violación, por falta de aplicación, de una norma legal, esta vez, el artículo 67 inciso f) de la Ley RAC.

Como bien señala López Menudo, “*desde esa concepción del orden público quedarían vaciadas todas las posibilidades del Arbitraje para el Derecho*

*Administrativo, caracterizado precisamente por su riqueza en normas de derecho necesario. Es preciso, pues, desechar esos criterios ofrecidos por la doctrina iusprivatista para el ámbito del Derecho Público y construir una interpretación propia, que está por hacer, con arreglo a los principios de Derecho Administrativo”* (pp.18-19).

En suma, no es monopolio del Juez estatal interpretar y aplicar las normas de orden público como parece entenderlo la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Tanto éste, como el árbitro, deben ajustar sus resoluciones a esta normativa.

De este modo, lo propio es entender que no existe motivo jurídico alguno para sustentar las tesis restrictivas de la Sala Primera de la Corte en este ámbito. Lo que hay de por medio, sin que en realidad se diga con sinceridad, es una consideración metajurídica, quizás relacionada con la irritación que usualmente causa el arbitraje en el juez estatal (Fernández Rozas, 2005), a lo cual se agrega su usual desconfianza en el quehacer arbitral (Fernández Rozas, 2005; Santamaría Pastor, 2004), desconfianza que, como se ha demostrado, no alcanza al legislador ordinario y menos aún al Constituyente.

## **2.- UNA PROPUESTA DE LEGE FERENDA**

Si bien es cierto, como se ha visto, existen suficientes motivos para que, de *lege lata*, se de un giro copernicano a la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que visto el panorama, no deja de ser de interés considerar una propuesta de *lege ferenda*.

El nivel de la resistencia al cambio no es despreciable, como es evidente, tanto a nivel jurisprudencial, como a nivel doctrinal.

De este modo, parece claro que resulta de interés considerar una propuesta de reforma de las disposiciones legales en la materia.

Existe para ello, algunas pautas a seguir, extraídas de la doctrina.

La primera se refiere a la inexistencia de límites constitucionales para que el legislador atribuya al Estado y sus instituciones, “*potestad para someter los contenciosos que suscite su actividad a arbitraje*” (Parejo, 1999).

En efecto, como se ha entendido con razón, la verdadera justificación de la prohibición del arbitraje en Derecho administrativo, consiste en “un choix politique” (Jarrosson, 1997, p.19). Es decir, nada impide desde el punto de vista jurídico, que el legislador autorice, como en mi criterio ya lo hizo en el caso costarricense, los arbitrajes en el campo del Derecho público, indistintamente de que estén relacionados con el ejercicio de potestades administrativas o normas de orden público.

Siendo esto así y teniendo en cuenta que como bien se ha establecido, la jurisdicción contencioso administrativa no es la única vía para solventar conflictos de las administraciones públicas (Rivero Ortega, 2000 y García Gómez de Mercado, 2003), cabe formular una propuesta que permita superar los límites que, *contra legem*, imperan hoy día en la jurisprudencia.

Pero para ello, al decir de López Menudo (1999), “*habría que huir de la tibieza y de los prejuicios gratuitos, abordando la tarea sin complejos, con la mayor resolución y apertura de criterios*” (p.14), máxime a sabiendas de la muy enraizada resistencia que impera en esta materia hacia el cambio.

Esto supone dar el paso aún resistido por la jurisprudencia, de admitir el contencioso administrativo arbitral, revisor de la conducta administrativa, como sugieren en España López Menudo (1999) y Bustillo Bolado (2001) y Richer (1997) en Francia.

Para ello, parece claro que la propuesta debería estar dirigida a generar el paralelismo que recomienda Parejo (1999) “entre el acceso a la técnica consensual ... y la accesibilidad a la técnica arbitral” (p.27).

Y es que a partir de las disposiciones del artículo 72.1 del Código Procesal Contencioso Administrativo (No.8508), el primer paso ya se ha dado.

Según esa disposición, “*La Administración Pública podrá conciliar sobre la conducta administrativa, su validez y sus efectos, con independencia de su naturaleza pública o privada.*”

Como queda en clara evidencia, la apuesta por esta alternativa ha sido ambiciosa, de modo que no se ha excluido, como se explicará, ni desde el punto de vista subjetivo, ni del objetivo, ningún supuesto.

Desde el punto de vista subjetivo, interesa destacar que al utilizar la norma la expresión “Administración Pública”, se incluyó tanto a la centralizada, como a la descentralizada –también las corporaciones municipales-, así como todo otro ente de Derecho público.

Es decir, no existe órgano o ente público alguno, que haya quedado excluido de esta autorización para poder conciliar, de modo que la administración pública como un todo, posee suficiente asidero jurídico para alcanzar acuerdos por este mecanismo de autocomposición de los conflictos, de carácter intraprocesal.

Desde el punto de vista objetivo o material, tampoco se dejó por fuera reducto alguno.

Para apreciar detenidamente el sustento de esta afirmación, es preciso examinar el alcance del concepto “conducta administrativa”. Cuando en el CPCA se hace alusión a la “...conducta administrativa”, se alude a la actividad administrativa formal y activa: los actos administrativos y reglamentos, pero también, y esta es una de las más importantes innovaciones del Código, a las conductas omisivas de la administración.

Como se ocupó de acreditar González Camacho (2001), tal expresión “...rompe de tajo con cualquier limitación construida alrededor del objeto del contencioso administrativo [acá, del objeto de la conciliación intraprocesal y, análogamente, la extraprocesal], pues cuando inserta la generalidad de la “conducta” administrativa dentro del ojo supervisor del Juez, abre el abanico jurisdiccional [conciliatorio] respecto de cualquier función, comportamiento o conducta administrativa” (p.168).

Así, es posible afirmar que, según lo dispuesto por el CPCA, las administraciones públicas podrán conciliar tanto con relación a conflictos ocasionados por actos administrativos, como también, con relación a conflictos relativos a conductas omisivas y cualquier otro comportamiento.

Pero la norma va aún más allá. Se dispone en ésta, que el ámbito de la conciliación podrá incluir lo relativo a la “validez” de esa conducta, así de como

*“sus efectos” –control de legalidad-, todo ello, “...con independencia de su naturaleza pública o privada...”*

Como se puede comprobar, la norma formula una precisión que viene a contrarrestar la tendencia restrictiva que quiera darse al respecto.

Al disponerse –como lo había hecho ya el art. 27.3 y 4 de la LGAP-, que la conciliación puede darse con relación a conductas de la administración referidas tanto a su personalidad de Derecho privado, así como de Derecho público, se destierra toda duda en cuanto a la posibilidad de que se concilie con relación a actos administrativos producto del ejercicio de potestades de imperio, o en general, a conductas administrativas relacionadas con potestades de esa naturaleza.

De esta forma, dado que el beneficio de los medios alternos de solución de conflictos en el Derecho administrativo, se ha visto empañado por interpretaciones violatorias de la voluntad del legislador, en este caso se buscó una fórmula suficientemente precisa, como para reducir al máximo esa posibilidad, partiendo de la consideración de que, como se ha entendido con razón, *“Las materias conciliables: son aquellas expresamente habilitadas por el legislador...”* (Morón Urbina, 2000).

Y es que no podía ser otra la solución que aportara el legislador al respecto, si se considera que, como bien lo señala Loperena Rota (2000), indistintamente de que se esté frente al ejercicio de una potestad de Derecho privado o una de Derecho público, *“...siempre hay una capacidad de disposición, si no sobre el Derecho, si sobre los hechos, que han permitido desde siempre a la Administración alguna capacidad de disposición en todos los actos administrativos. Desde este punto de vista, negar la licitud de la transacción judicial porque la Administración carece de la facultad de disponer sobre el objeto litigioso parece francamente infundada”* (p.135).

De esta forma, aunque como se ha dicho, *de lege lata* esta posibilidad ya existe, lo que resta es aparejar el tratamiento dado a la materia conciliable en el ámbito de arbitraje, de modo que se disponga, en adelante, lo siguiente:

Artículo 18.- **Arbitraje de controversias.** ... Todo sujeto de Derecho público, incluyendo el Estado, podrá someter sus controversias a arbitraje, de conformidad con las reglas de la presente ley y el inciso 3) del artículo 27 de la Ley General de la Administración Pública. Para los efectos de esta ley, será arbitrable toda controversia relacionada con la conducta administrativa, su validez y sus efectos, con independencia de su naturaleza pública o privada.

Al amparo de una disposición como esa, quedará sujeto al caso concreto, evaluar si se está o no frente a controversias sobre las cuales las partes tengan poder de disposición, sin que pueda resolverse, como hasta ahora, que no lo tienen, en tanto media el interés público.

La doctrina aporta dos supuestos en donde, razonablemente, podría estimarse que los conflictos no son arbitrables. Por un lado, desde la perspectiva de las administraciones públicas, López Menudo (1999), hace equivaler la indisponibilidad de la materia, con la carencia de competencia sobre la misma.

Por otra parte, desde la perspectiva de los particulares, Bustillo Bolado (2001) califica como inarbitrables, aquellos conflictos cuya resolución se proyecte *“sobre la esfera jurídica amparada por el Derecho de terceros ajenos al convenio arbitral. Ello determina, por un lado, la imposibilidad de someter a arbitraje impugnaciones directas de reglamentos, actos administrativos dirigidos a una pluralidad indeterminada de personas y cualquier asunto en materias legalmente abiertas a la acción pública”* (pp.316-317).

## **SECCIÓN II.- LA PUESTA EN PRÁCTICA DEL ARBITRAJE EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

El arbitraje en Derecho administrativo ha girado, en los estudios doctrinales, alrededor de la materia arbitrable, tema de por sí polémico, como se ha visto.

Esta circunstancia ha desviado la atención, en detrimento del estudio de muchos otros temas que merecen, también, un especial y sistemático grado de atención.

Desde esa perspectiva, seguidamente, se dará atención a la puesta en marcha del arbitraje por parte de las administraciones públicas, todo ello con el interés de propiciar un mejor aprovechamiento de este eficiente método de solución extrajudicial de conflictos.

Interesa para ello examinar, brevemente, los términos en que ha de redactarse una cláusula compromisoria en que interviene una administración pública (I), así como algunas particularidades del acuerdo arbitral, especificando para ello los requisitos de tal actividad conforme al Ordenamiento Jurídico administrativo vigente (II).

Por otra parte, al intervenir un sujeto de Derecho público, es preciso cuestionarse si esa circunstancia afecta de alguna forma, la naturaleza del arbitraje que las partes pueden elegir, esto es, si puede o no, válidamente, dársele la naturaleza de arbitraje institucional, ad hoc, internacional, de equidad o pericial o si, como sin razón se ha venido repitiendo, sólo puede ser doméstico, de derecho y preferiblemente Ad Hoc (III).

Por otra parte, en la praxis se han presentado dudas en torno a los trámites pre-arbitrales que es preciso seguir en este campo del Derecho, razón por la cual se dedicarán algunas líneas a ese tema (IV).

Finalmente, se aludirá a algunos institutos propios del Derecho procesal administrativo, con el objeto de establecer si prevalecen o no en el caso de los arbitrajes en que intervenga un sujeto de Derecho público (V).

## **I.- EL ACUERDO ARBITRAL**

Las conductas administrativas normalmente han sujetarse a determinados requisitos formales de validez, en ausencia de los cuales, no estarán en posición de generar efectos jurídicos.

Según refiere De Laubadère (1956), a propósito de las disposiciones formales a las cuales sujeta una vieja ley francesa (Loi 17 avril 1906) la posibilidad de acudir al arbitraje en el campo de obras públicas, el Consejo de Estado se pronunció en el sentido de que, de no cumplirse tales exigencias formales, se ocasionaría la nulidad del compromiso.

Por esa razón, de seguido, se evaluará los requisitos de validez a que está sujeta la decisión de acudir al arbitraje, en el Derecho público costarricense (1).

Igualmente, es de interés, como sucede en el Derecho común, examinar los efectos jurídicos del acuerdo arbitral, ya sea que se haya convenido *ex ante* o *ex post* (2).

## **1.- REQUISITOS DE LA ACTIVIDAD**

Un estudio exhaustivo del acuerdo arbitral en Derecho administrativo costarricense, permite identificar, al menos, cuatro requisitos para que tal actividad sea conforme al Ordenamiento Jurídico.

En efecto, el estudio de antecedentes administrativos tanto de la CGR, así como de la PGR y su correspondiente contraste con la normativa vigente, permitió identificar requisitos de naturaleza formal, (A), otros de tipo orgánico (B), temporales (C) y, finalmente, materiales, los cuales ya han sido evaluados en la anterior sección.

### **A.- Formales**

En algunos casos, el acuerdo arbitral no es parte de un contrato administrativo a modo de cláusula compromisoria, sino que surge como una decisión de la administración adoptada con el objeto de resolver un conflicto ya existente, es decir, se adopta *ex post*.

En ambas circunstancias, empero, para que la decisión genere efectos jurídicos, resultan exigibles idénticos requisitos formales, que podrían ser calificados, como lo hace Tornos Más (1995), como “cautelares formales” dispuestas por el legislador.

Al respecto, parece claro que resulta exigible una conducta administrativa formal, de contenido discrecional (a). Tal decisión, en el caso del Estado central y de las entidades autónomas en que corresponde adoptarla a la superior jerarquía, tiene el carácter de acto administrativo complejo (b). Por otra parte, conforme a la normativa vigente, no resulta exigible ningún tipo de autorización o refrendo para poder ser válida y eficaz (c).

**a.- Contenido discrecional del acto administrativo que decide la resolución arbitral del conflicto**

De manera reiterada, la PGR (C-089-99; C-253-99) ha sostenido que el acto que decide someter una disputa a arbitraje, es de naturaleza discrecional. Entiende así el abogado del Estado, que no existe obligación de la Administración, por disposición legal, de someter un determinado conflicto a resolución arbitral. En suma, la Administración puede, pero no debe, en el actual marco normativo, ante la solicitud del interesado, acudir a la vía arbitral para resolver un conflicto determinado.

En efecto, salvo en el caso en que exista una relación contractual que contenga una cláusula compromisoria, ante la petición de un interesado de resolver por la vía arbitral un conflicto, no existe un deber jurídico de la Administración de hacerlo.

Esa situación, empero, no libera al Estado y sus instituciones, de ciertos parámetros de constitucionalidad y legalidad, a la hora de ponderar una petición como la aludida.

Discrecionalidad no significa, en modo alguno, arbitrariedad. La discrecionalidad tiene como límite, conforme lo establecen los artículos 15 a 17 de la LGAP, múltiples fuentes del Ordenamiento Jurídico y, en especial, los derechos del particular frente a la Administración. Máxime si, como sucede en el caso concreto, la petición se plantea con sustento en un derecho fundamental.

Por ello, deberá la Administración considerar los beneficios que, para su propia eficiencia y para la eficacia de los derechos del particular, tiene la posibilidad de someter las disputas a la vía arbitral. La decisión de denegar una resolución arbitral a un determinado conflicto, en ese sentido, no debe en modo alguno quebrantar el Principio Constitucional de Razonabilidad de los actos

administrativos, según el cual, para la satisfacción de un determinado fin público, deberá escogerse el medio menos gravoso para los derechos de los particulares.

Nos cuestionamos por ello en este punto, ¿cuál podría ser un motivo razonable para que la Administración se niegue a resolver por la vía arbitral un conflicto? ¿Cuál puede ser el perjuicio que eso le cause al fin público buscado por toda actuación administrativa?

En realidad, es difícil encontrar respuestas a estas interrogantes, lo cual refuerza la idea según la cual, salvo supuestos de excepción, toda solicitud de resolución arbitral sometida al conocimiento de la Administración Pública, debería ser conocida y resuelta conforme al Principio Pro Arbitraje y no, como ha venido sucediendo, de forma restrictiva y primordialmente negativa.

Interesa destacar, al efecto, una creciente tendencia doctrinal que empieza a considerar, *de lege ferenda*, que la Administración debería siempre someter a arbitraje sus conflictos, una vez que un justiciable así lo solicite, al menos en algunas materias (López Menudo, 1999; Ferret Jacas, 1999; González Cueto, 1999; Canal Muñoz & Ibáñez Buíl, 2000; Santamaría Pastor, 2004; Fernández Montalvo et. al, 2004).

En efecto, para el primero de los autores, de *lege ferenda*, debería imperar un “*sistema mixto*” en cuanto a la voluntariedad del arbitraje en Derecho administrativo, de modo que, *ex lege*, se establezca “*el deber de la Administración de aceptar el arbitraje, y ésta tendría que aceptarlo en caso de que el administrado asintiera someter a ese procedimiento la resolución del conflicto*” (López Menudo, 1999, p.17).

Esa tendencia resulta aún más justificada, si se considera que en el medio costarricense, existe una garantía fundamental de ver resueltas las disputas

patrimoniales, por la vía arbitral. Suele olvidarse, con facilidad, el efecto positivo de las garantías fundamentales: está a cargo del Estado, el deber de velar por la eficacia de los derechos individuales, lo cual no exceptúa el de resolver por la vía arbitral, los conflictos de naturaleza patrimonial.

Mientras tanto, parece oportuno que las distintas administraciones públicas tengan en consideración, a la hora de acordar la resolución arbitral de sus disputas, que tales decisiones han de ajustarse al Principio de Igualdad, de rango constitucional, de modo que en paridad de condiciones, se adopte siempre la misma decisión.

Se trata, como lo señala Huergo Lora (1998), de una exigencia de motivación comparativa, que deviene en una “*exigencia inexcusable del ejercicio legítimo de la discrecionalidad administrativa*” (p.214).

**b.- El acto que decide someter el conflicto a resolución arbitral, es normalmente un acto complejo**

Dentro de la clasificación de los actos administrativos, la doctrina suele definir los denominados actos complejos. Se trata de aquellos en los cuales, la voluntad administrativa que expresan es el producto de la participación obligada y consensual de, al menos, dos órganos –o entes- y no tan solo de uno.

Don Eduardo Ortiz Ortiz (2002) define al acto complejo, con la habitual maestría que caracterizó su obra, como aquel “*formado por la voluntad de dos o más sujetos u órganos, actuando para un mismo fin y con igual contenido o efecto jurídico: el decreto conjunto del Presidente y del Ministro...*” (p.424).

Así las cosas, dado que como se ha explicado, la atribución de acudir al arbitraje en el caso del Poder Central es, conjuntamente, del Presidente y del Ministro del ramo, el acto que así lo decide es un acto complejo.

Lo mismo sucede en el caso de administraciones descentralizadas, en los casos en que el acuerdo arbitral lo adopta la Junta Directiva, órgano colegiado de superior jerarquía.

Se trata, con todo, de una situación que, de *lege ferenda*, merece ser examinada. Al sujetarse dicha atribución a la confluencia de diversas voluntades administrativas, se obstaculiza el acceso a un mecanismo eficiente de solución de controversias, lo cual contradice su propia lógica interna y dificulta el acceso a sus beneficios en detrimento del interés público.

Además, tal circunstancia se convierte en un obstáculo a la eficacia de la garantía fundamental del particular, de ver resueltas sus disputas mediante el arbitraje.

**c.- El acto no precisa de autorización, como tampoco de refrendo contralor**

Una vez derogado el párrafo 4 del artículo 27 de la LGAP y el artículo 508 del Código Procesal Civil, desapareció del ordenamiento jurídico la exigencia de una autorización previa, sea de la Asamblea Legislativa o la PGR, para que sujetos de Derecho público acudan al arbitraje.

Así las cosas, a partir de la entrada en vigor de la Ley RAC, no existe norma alguna en el ordenamiento jurídico administrativo, que disponga como requisito de eficacia o validez del acuerdo arbitral, la previa autorización de la Asamblea Legislativa, el Poder Ejecutivo, la CGR o la PGR.

De hecho, ante la ausencia de disposición legal en ese sentido, cualquier aprobación que se adopte con relación a una cláusula arbitral, sería nula por carecerse de competencia para ello, según lo ha entendido la propia PGR (C-111-2001).

En ese sentido, cabe cuestionar algunos pronunciamientos de la CGR (Oficio No. 01307 (DI-AA-0235)) que, impropiaemente, han señalado que resulta exigible una “*autorización*” de la superior jerarquía del ente u órgano administrativo correspondiente, para que otros órganos puedan suscribir acuerdos arbitrales. En el Derecho administrativo, la voz “*autorización*” tiene, como se sabe, una significación muy propia.

En realidad, como se verá adelante, el Superior Jerarca lejos de autorizar el recurso al arbitraje, es quien decide optar por esa alternativa. Es decir, no “*autoriza*” esa alternativa, más bien la decide, por ser el órgano competente al efecto.

La confusión, lamentablemente, ha alcanzado también al propio Poder Ejecutivo. Así se puede concluir si se examina lo dispuesto en los Decretos Ejecutivos No. .. en que, impropiaemente, se dispone que el Poder Ejecutivo “*autoriza al Gobierno de la República, para someter al procedimiento de Arbitraje de Derecho*”, lo pretendido por una determinada empresa en vía judicial (D.E. No. 29417-MINAE y No. 29886-MINAE).

Finalmente, es preciso señalar, como con acierto lo ha entendido la CGR que no comporta, *per se*, una erogación patrimonial (Oficio No. 03839 (DI-AA-966)), el acuerdo arbitral no requiere de refrendo contralor, como requisito de eficacia. En efecto, la erogación, de darse, tendría como origen no el acuerdo arbitral, sino más bien, el eventual laudo arbitral que condene al pago de una determinada suma.

De este modo, es posible señalar, en síntesis, que considerando el *statu quo* normativo, la validez o eficacia de un acuerdo arbitral en que sea parte una administración pública, no está sujeto a la previa autorización o aprobación de

ninguna entidad u órgano de fiscalización o tutela. Tampoco está sujeta su eficacia al refrendo contralor.

**d.- El acto que decide someter una controversia a arbitraje, ¿debe contener una expresa y formal motivación?**

Tanto para la CGR como para la PGR, el acto administrativo mediante el cual se someter a arbitraje una determinada disputa, requiere de una expresa motivación.

La CGR ha estimado exigible tal circunstancia, “*por las consecuencias que podría conllevar*” (Oficio No. 06964 (DI-AA-1737)) una decisión como esa. Cabe señalar, al respecto, dos cuestiones de medular importancia.

La primera se refiere a las “consecuencias” de un acuerdo arbitral. Como se evaluará más adelante, las consecuencias de un acuerdo de esta índole se reducen, estrictamente, a consecuencias de naturaleza procesal –se trata del efecto positivo y negativo del acuerdo arbitral a la cual se hará referencia *supra*–.

Es decir, como se ha señalado ya, esa decisión no genera compromisos presupuestarios automáticos, al grado que la propia CGR ha estimado, como se ha visto, que no requiere, por esa situación, del refrendo contralor.

La segunda cuestión de importancia a considerar, alude a la distinción técnica existente entre el motivo del acto y la exigencia de una motivación formal y expresa de éste (Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, No. 348-98 y Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, No. 232-2002). Para el caso de esta última exigencia, existe una enumeración taxativa de actos administrativos a los cuales resulta aplicable, contenida en el artículo 136 de la LGAP.

Del examen de esa norma, bien podría concluirse que el acuerdo arbitral no es uno de los actos a los que resulta exigible la motivación, con *“mención sucinta al menos, de sus fundamentos”*.

Si se deja por un momento de lado la cláusula residual de su inciso f), tal exigencia es propia de aquellos actos que impongan obligaciones o que limiten, supriman o denieguen derechos subjetivos (inciso a)). También es exigible para los que resuelven recursos (inciso b)), los que se separen del criterio seguido en casos análogos o dictámenes de órganos consultivos (inciso c)), como también los que disponen la suspensión de los efectos de un acto recurrido (inciso d)), además de los reglamentos y actos discrecionales de alcance general (inciso e)).

Considerando esos supuestos, deben descartarse, de plano, los aludidos por los incisos a), b), d) y e).

En el caso del inciso c), podría darse el supuesto en que, en otras ocasiones análogas, la administración haya decidido no acudir al arbitraje, lo cual haría exigible la expresa motivación. Más clara aún, sería la hipótesis en que ante consulta en ese sentido, la PGR estimare que no resulta recomendable acudir al arbitraje, lo cual obligaría, para decidir en sentido contrario, al menos una motivación, sin perjuicio de un acuerdo del Consejo de Gobierno que releve de la obediencia de tal recomendación.

Resta por examinar la hipótesis residual del inciso f) del artículo 136 de la LGAP antes relacionado. Es preciso cuestionarse, para ello, si existe una disposición legal que exija la motivación de un acuerdo arbitral en que intervenga una administración pública? La respuesta es, sin duda, negativa.

Desde esa perspectiva, resulta claro, entonces, que en estricto sentido, la exigencia de motivación señalada por la CGR, en realidad, no tiene sustento

jurídico *per se*, salvo para los supuestos examinados del inciso c) de la norma en comentario que son, en todo caso, eventuales.

Donde sí resulta clara la exigencia, en contraste, es en el caso en que el justiciable solicita la solución arbitral del conflicto y se deniega esa alternativa, en vista de lo dispuesto por el citado inciso a) del artículo 136 de la LGAP. El derecho de ver resueltos los conflictos mediante un arbitraje, como es sabido, es un derecho fundamental, de modo que la negativa de la administración de acceder a ello, comporta la negación de un derecho subjetivo y hace entonces exigible la expresa motivación.

La PGR, por su parte, ha llevado las cosas aún más lejos. No solo entiende exigible una motivación, sino que además, ha considerado exigible verificar que exista “*...duda suficientemente motivada*” en torno a la legitimidad de la actividad administrativa que sería objeto del arbitraje. Además, entiende exigible “*valorar y reconocer la existencia de un derecho o al menos, de un interés legítimo, a favor del administrado, que fundamente su reclamo pecuniario*” (C-111-2001).

Ambas consideraciones, *prima facie*, parecen razonables. Sin embargo, una evaluación más detenida, lleva a la convicción de que, de resultar en realidad exigibles tales requerimientos, finalmente se frustraría todo intento de solución arbitral de conflictos con la administración.

Según la teoría del conflicto, éste supone una incompatibilidad entre conductas, percepciones u objetivos, al menos, entre dos partes. De ese modo, dos o más sujetos, en todo o en parte, tienen posiciones divergentes y así lo expresan.

Ante esa situación, surge la necesidad de resolver la situación mediante diversos métodos, uno de los cuales es el arbitraje.

Desde esa perspectiva, si el acceso a una solución arbitral exigiera, como lo pretende la PGR, que una de las partes en conflicto – es decir, la administración pública-, reconozca “... *la existencia de un derecho o al menos, de un interés legítimo, a favor del administrado, que fundamente su reclamo pecuniario*”, nunca o casi nunca podría acudirse a la solución arbitral, pues precisamente los conflictos suele ser resultado de tesis contrapuestas entre las partes, en torno a la existencia o inexistencia de un determinado derecho subjetivo o interés legítimo. Como se ve, la exigencia no resulta entonces razonable.

En suma, desde una perspectiva estrictamente normativa, cabe exigir la motivación de un acuerdo arbitral de parte de alguna administración pública – como exigencia de su conformidad sustancial con el ordenamiento jurídico (Art. 128 LGAP)-, sólo en los casos en que tal decisión se aparte del criterio seguido en actuaciones análogas precedentes –exigencia de motivación comparativa- o del dictamen de órganos consultivos. La motivación, en todo caso, de ser exigible, deberá ajustarse a los términos del párrafo 2 del artículo 136 de la LGAP.

Sí resulta siempre exigible tal motivación, en el caso de darse una negativa de resolver por la vía arbitral la disputa, al tenor de lo establecido por el párrafo 1 inciso a) del artículo 136 *ibídem*.

## **B.- Orgánicos**

Como lo entienden Patrikios (1997) y Delvolvé (1990, citado por Patrikios), en el campo de Derecho administrativo, la suscripción del acuerdo arbitral está sujeta “*au respect des règles de compétence*”.

En el ámbito del Derecho administrativo, se establece que todo acuerdo arbitral que involucre una administración pública, debe ser adoptado por su superior jerarca supremo. De este modo, para el caso de los entes descentralizados,

corresponde a la Junta Directiva respectiva y para el Estado central, al Presidente de la República y el Ministro del ramo.

Sin perjuicio de disposiciones legales especiales al respecto –Art. 11 inciso f) de la Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados- , tal circunstancia deriva, en lo fundamental, de lo dispuesto por el artículo 27.3 de la LGAP, conforme al cual, es potestad del Presidente y Ministro del ramo, según se dijo ya, someter a arbitraje una determinada disputa. Se trata, con todo, de una atribución no susceptible de delegación, en vista de la ausencia de una norma que así lo autorice, como sería recomendable que se dispusiera de *lege ferenda*.

La exigencia de una disposición legal que admita tal delegación, resulta del hecho de que bien podría entenderse, considerando la *voluntas legis*, que tal competencia le ha sido conferida al Poder Ejecutivo, “*en razón de su específica idoneidad para el cargo*”. Como se examinó atrás, las disposiciones del artículo 27 de la ley de cita, procuraron innovar introduciendo la transacción y arbitraje, otrora proscritos en Derecho administrativo. El paso se dio, sin embargo, de forma cautelosa, de modo que la habilitación legal incluyó la exigencia de pesados requerimientos formales. Uno de ellos es, precisamente, entender que una decisión de esa naturaleza, debía ser adoptada por un órgano de relevancia constitucional y con carácter complejo desigual, como es el Poder Ejecutivo, entendido como el Presidente y el Ministro del ramo respectivo.

A propósito de la reforma de que fue objeto esa disposición, lamentablemente, dicha exigencia no se atemperó, al menos, admitiendo la delegación de esa facultad, o mejor aún, atribuyéndosela a otro órgano, como podría ser el Ministro de forma individual, como lo permitiría el artículo 103 de la LGAP que otorga la representación judicial y extrajudicial, al superior jerarca supremo. La CGR ha estimado, con sustento en el artículo 18 *in fine* de la LRAC en relación con el artículo 27 párrafo 3 de la LGAP, que un acuerdo arbitral para resolver la disputa

entre el Ministerio de Hacienda y el Instituto del Café de Costa Rica, debía ser suscrito no tan sólo por el Ministro del ramo, sino además, por el Presidente de la República (Oficio No. 08309 (DI-AA-1864)).

Esta situación genera, sin duda, grandes limitaciones a un trámite que, para ser congruente con el arbitraje, debería ser ágil, al igual que el proceso arbitral mismo.

La posibilidad de delegar tal atribución, previa autorización legal, no presenta ninguna dificultad desde la óptica constitucional. Al respecto, nótese que no puede derivarse de ninguno de los incisos del artículo 140 constitucional, que la decisión de resolver por la vía arbitral un conflicto, sea una de las funciones constitucionales del Presidente de la República en conjunto con el Ministro del ramo. Por ello, se trata de un campo en el cual el legislador, en ejercicio de su discrecionalidad legislativa, puede habilitar a otros órganos de la administración central, para que decidan someter los conflictos al arbitraje, e inclusive, para que, previa habilitación legal, mediante los mecanismos previstos al efecto, puedan a delegar dicha competencia.

Para el caso de las administraciones públicas descentralizadas, -autónomas, semi autónomas y corporaciones municipales- no existe disposición alguna que, de forma general, determine el órgano al cual le corresponde decidir someter a arbitraje un determinado conflicto, hecha la excepción del caso del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, cuya ley constitutiva asigna tal atribución a la Junta Directiva de la entidad.

Para el resto de los casos, aún en ausencia de una disposición común que así lo disponga, la CGR ha entendido exigible que los acuerdos sean adoptados por la superior jerarquía suprema. Se ha aducido para sustentar esa exigencia, que una decisión como esa, *“...conlleva un acto de disposición, por lo cual tal decisión únicamente puede ser válidamente tomada por quien –a lo interno de la entidad-*

*tiene la competencia para comprometer los bienes de la Institución, sea el superior jerárquico”* (Oficio No. 00243 (DI-AA-0069) de 2004 y Oficio No. 06970 (DI-AA-1872) de 2002).

La tesis, sin duda, resulta muy cuestionable. Parece entenderse que el acuerdo arbitral, *per se*, ocasiona un acto de disposición de bienes de la Hacienda Pública, circunstancia claramente alejada de la verdad, al grado que, como se ha explicado, la propia CGR ha estimado que este acuerdo, por sí mismo, no compromete fondos públicos.

Para el caso de los órganos desconcentrados adscritos al Poder Central, la CGR ha estimado que resulta igualmente exigible que sea el Presidente de la República y el Ministro del ramo, quienes adopten el acto mediante el cual se decide acudir al arbitraje. De esta forma, para el caso del Consejo Nacional de Vialidad, órgano desconcentrado del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, se ha exigido que el recurso al arbitraje esté precedido por una decisión tomada por el Presidente de la República y el Ministro de Obras Públicas y Transportes (Oficio No. 00532 (DI-AA-168) de 2002). Idéntica posición se sostuvo en el caso del Consejo Nacional de Concesiones (Oficio No. 08899 (DI-AA-1679) de 2004).

Al menos en un caso, el enfoque de la PGR ha sido diverso. Dicho órgano consultivo ha resuelto la situación, a partir de lo dispuesto por el artículo 103 de la LGAP, según la cual, *“el jerarca o superior jerárquico supremo tendrá, además, la representación extrajudicial de la Administración Pública en su ramo”*, sin perjuicio de que tal representación sea asumida, cuando exista, por el *“...gerente o funcionario ejecutivo...”* (Dictamen C-253-99).

La tesis luce más razonable. Sin perjuicio de disposiciones legales de naturaleza especial, para el caso de la administración descentralizada corresponde al superior jerarca supremo respectivo, la decisión de someter los litigios al arbitraje,

conforme lo autoriza el artículo 103.1 de la LGAP. Esto no excluye la posibilidad de que, al tenor del párrafo 2 de la misma norma, el funcionario ejecutivo pueda ejercer la representación del ente y suscribir por ello el acuerdo arbitral.

Para el caso de los órganos desconcentrados, parece posible aplicar idéntico tratamiento, de modo que corresponderá al órgano de superior jerarquía, en ejercicio de la representación legal, suscribir un acuerdo arbitral.

### **C.- Temporales**

Como se ha dicho ya, el objeto de un convenio arbitral puede ser una eventual y futura controversia (*ex ante*), como también una controversia ya existente (*ex post*). Así resulta de lo dispuesto por la LRAC en el artículo 18, en el cual se estatuye que *“Podrán someterse a arbitraje las controversias de orden patrimonial, presentes o futuras, pendientes o no ante los tribunales comunes, fundadas en derechos respecto de los cuales las partes tengan plena disposición y sea posible excluir la jurisdicción de los tribunales comunes.”*

Se ha explicado también, que las disposiciones del LRAC resultan aplicables, sin variantes, a los procesos arbitrales en que intervenga una administración pública.

De este modo, al igual que para los sujetos de Derecho privado, para los de Derecho público resulta posible, jurídicamente, solucionar conflictos presentes o futuros, estén o no pendientes ante los tribunales comunes.

Son múltiples los casos en que, *ex ante*, sujetos de Derecho público han decidido solucionar por la vía arbitral, conflictos futuros relacionados con una determinada relación jurídica de naturaleza contractual.

Igualmente, son múltiples los casos en que el Estado costarricense se ha comprometido a resolver por esa misma vía, aunque con naturaleza internacional, cualquier disputa relacionada con la inversión de una empresa extranjera en suelo costarricense. Ese es el efecto jurídico de la aprobación de los múltiples tratados bilaterales de inversión por parte de Costa Rica.

Más escasos son los asuntos en que, ya existiendo la controversia y estando pendiente de resolverse ante los tribunales, el Estado decide acudir al arbitraje para resolverla (acuerdo *ex post*). Dos ejemplos, sin embargo, permiten ilustrar la viabilidad jurídica de esa última situación.

Se trata de dos asuntos en que el Estado costarricense decidió optar por la vía arbitral, en un primer caso, mediante un arbitraje de naturaleza internacional y en otro, de naturaleza doméstica.

El primero es el conocido asunto de la Compañía de Desarrollo Santa Elena S.A. (“CDSE”), empresa que fuera propietaria de terrenos afectados por un decreto expropiatorio. Una vez adoptado el decreto, transcurrieron varias décadas sin que se produjera la indemnización del caso, si bien tampoco se dio una desposesión.

Esta circunstancia generó una controversia entre la empresa y el Estado costarricense, al grado que se plantearon diversos procesos contenciosos administrativos y recursos de amparo.

Dada la extrema extensión del trámite de los procesos judiciales, los propietarios de la empresa optaron por solicitar el amparo de Gobierno de los Estados Unidos, lo cual hizo que, con sustento en la Helms Amendment, se bloqueara un crédito de \$175.000.000 USD. del Banco Interamericano de Desarrollo para el Estado costarricense, hasta tanto no se resolviera el conflicto.

Esa medida de presión ocasionó que, luego de haberse planteado formal requerimiento arbitral de parte de la CDSE ante el CIADI, el Estado costarricense, mediante simple nota, aceptara resolver la disputa por la vía arbitral, conforme a las reglas de la citada organización (Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica (Case No. ARB/96/1)).

En definitiva, el conflicto fue resuelto mediante laudo arbitral que fue cumplido a satisfacción por el Estado costarricense, lo cual dejó de manifiesto la viabilidad de que aquél resuelva disputas mediante un arbitraje internacional, aún estando pendiente un proceso judicial.

El otro caso se refiere al de la empresa Toro Rojo S.A. Como el anterior, estuvo precedido de un proceso contencioso administrativo en curso, e inclusive, con sentencia de primera instancia ya adoptada al momento de convenirse la solución arbitral del litigio. Esta circunstancia, sin embargo, no impidió que se adoptara el acuerdo arbitral por parte del Estado, que es lo que ahora interesa resaltar.

Se deja en claro, con sustento en estos dos casos, que existe una clara viabilidad jurídica para que las administraciones públicas acuerden solucionar por la vía arbitral, sea *ex ante* o *ex post*, un determinado conflicto.

## **2.- Efectos jurídicos**

Es preciso examinar, ahora, los efectos jurídicos del acuerdo arbitral en el ámbito del Derecho administrativo. Un primer efecto, idéntico al que se presenta en el Derecho común, tiene carácter procesal (A). El segundo efecto se refiere al ámbito presupuestario o de la Hacienda Pública, propio de las administraciones públicas (B).

## A.- Procesales

Una lamentable y preocupante tesis que ha aflorado en el medio, hace obligada la mención del efecto positivo y negativo del acuerdo arbitral.

Tanto la CGR como el propio Poder Ejecutivo, este último, como es de esperar, con la asesoría legal de la PGR, han querido ignorar de forma ilegítima, que una vez alcanzado un acuerdo arbitral por parte de una administración pública, como sucede en el caso de sujetos de Derecho privado, se producen dos distintos efectos jurídicos de naturaleza procesal.

Como se explicado ya, el primero, calificado por la doctrina de carácter positivo, implica la obligación jurídica de las partes de someter a arbitraje las controversias que surjan entre sí. El efecto negativo, por su parte, se refiere a la imposibilidad del Juez estatal de conocer de tal disputa.

Sorpresivamente, la CGR parece entender que existiendo un acuerdo arbitral firme y definitivo, la administración podría decidir no acudir al proceso arbitral, en el tanto *“la vía de arbitraje es una alternativa a la jurisdiccional y no obligatoria”* (Oficio No. 01307 de 2005 (DI-AA-0235)).

La confusión del órgano contralor, le ha llevado incluso a entender que resulta exigible una *“anuencia”* del órgano competente de la administración para acudir a la vía arbitral, aún existiendo un acuerdo *ex ante* en ese sentido, la cual *“...se verá reflejada a través de documento emitido por el máximo jerarca”* (Oficio No. 00379 de 2005 (DI-AA-0081)).

Peor aún, se ha señalado que *“...al momento que surja la controversia de previo a acudir al arbitraje, deberá necesariamente contarse con la autorización del Consejo (sic) Municipal”*. (Oficio No. 01423 de 2005 (DI-AA-0267)).

Lo lamentable de la situación es que tal tesis también ha sido esgrimida por el Poder Ejecutivo, a propósito de los arbitrajes relativos al contrato de gestión interesada del Aeropuerto Juan Santamaría y de revisión técnica vehicular.

Así consta en el decreto ejecutivo No. 32127-MOPT, cuyo artículo 2 dispone, literalmente, que *“El Poder Ejecutivo podrá solicitar una opinión jurídica a la Procuraduría General de la República sobre la procedencia de las solicitudes que le formulen esas empresas, al efecto de que determine si la controversia es susceptible de arbitraje, de conformidad con los requisitos legales que al respecto exige la ley”*.

La disposición denota un claro desconocimiento de los institutos básicos del arbitraje. Por ejemplo, se califica el requerimiento arbitral a que tienen derecho, *ex lege*, las empresas, como una mera “solicitud”, cuando en realidad se trata de una gestión con los efectos jurídicos que le reconoce el artículo 43 de la LRAC.

Nótese que si ante un requerimiento arbitral, la administración dispone consultar a la PGR si se trata de una disputa arbitrable o no, bien podrá suceder que la integración del tribunal se realice sin la intervención de esa administración pública, por vencer los plazos establecidos para que lo haga, mientras la PGR evalúa el caso.

Veamos con detenimiento el caso concreto del Contrato de Gestión Interesada del Aeropuerto Juan Santamaría. Según se dispone en el artículo XXIII del Contrato, aparte 23.3.3, la integración del Tribunal Arbitral tiene como punto de partida, la notificación de una de las partes, de someter a arbitraje una disputa. Ese acto jurídico procesal, desencadena el transcurso de un plazo de siete días para designar, de mutuo acuerdo, los tres árbitros. En caso de no hacerlo, cada parte nombrará un árbitro en un plazo de siete días, lo cual debe comunicar a la otra parte. En caso de que transcurra también este segundo plazo sin que una de las

partes designe el árbitro que le corresponde, la otra parte podrá pedir a un tercero que lo designe en su lugar.

Como se ve, si notificado el requerimiento arbitral, el Estado opta por hacer una consulta a la PGR, según dispone el citado decreto ejecutivo, es claro que los plazos de siete días a que se refiere la cláusula compromisoria, transcurrirán, lo cual dejará abierta la posibilidad de que el árbitro que le corresponde designar al Consejo Técnico de Aviación Civil, sea seleccionado por la vía sustitutiva dispuesta en la cláusula.

El segundo aspecto a comentar, se relaciona con el llamado efecto positivo del acuerdo arbitral. Al igual que la CGR, el Poder Ejecutivo entiende que tiene la “facultad”, que no el “deber jurídico”, de acudir a la vía arbitral para dirimir un conflicto, una vez requerido por su contraparte con sustento en un acuerdo arbitral *ex ante*.

Sin duda, esto implicaría que de no concurrir al proceso arbitral por entender que se trata de una facultad y no un deber, el proceso bien podría avanzar, legítimamente, con la ausencia de la administración. Se trata, sin duda, de una peligrosa situación que bien podría ser lesiva a los intereses públicos.

El tercer aspecto que cabe destacar, es que el decreto ejecutivo parece no admitir que, conforme a la LRAC, determinar si una controversia es o no arbitrable, es competencia del tribunal arbitral –kompetenz, kompetenz- o en su defecto, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, nunca a la Procuraduría General de la República, que lo único que podría aportar en ese sentido, es su conocida tesis de presunción de inarbitrabilidad, con el objeto de que sea esgrimida en el proceso arbitral, sin que ello tenga la capacidad de vincular, como es claro, al Tribunal. Es en el proceso arbitral y no fuera de éste, donde debe llevarse esa discusión.

Y es que la pretensión *contra legem*, no queda ahí. El artículo 3 del mismo decreto ejecutivo se permite disponer que *“Para que el Estado sea parte en un proceso arbitral, además de la cláusula contractual que establece tal posibilidad, será requisito indispensable que, conjuntamente con la empresa interesada, suscriba el respectivo compromiso arbitral, en el cual se regulen los aspectos que sean necesarios para la constitución y desarrollo del proceso”*.

La única explicación que podría encontrarse a semejante tesis, es que se siga pensando que, como sucedía durante la vigencia de las disposiciones del CPC, la cláusula arbitral únicamente genera el deber de las partes de suscribir un compromiso arbitral para, en caso de renuencia, dejar abierta la posibilidad de acudir al juez estatal para que lo definiera. Sobra señalar que al entrar en vigencia la LRAC, tal circunstancia desapareció para dar paso a la regla del efecto positivo y negativo del acuerdo arbitral, en los términos antes señalados.

En síntesis, es claro que la tesis de la CGR y el Poder Ejecutivo –y habrá de presumirse, de la PGR también- es ilegal al desconocer los efectos jurídicos del régimen dispuesto por la LRAC. Tal tesis, y eso es lo más preocupante, bien podría ocasionar efectos claramente lesivos al interés público, al prohijar el avance del proceso con la administración en rebeldía.

Basta la cláusula arbitral para que exista, de parte de la administración suscriptora, un deber de acudir a la vía arbitral, so pena de que el proceso avance en su ausencia y pueda ser tomado sin retroacción de plazos, cuando así lo decida la administración.

## **B.- Económicos**

Resta, finalmente, examinar los efectos económicos o presupuestarios del acuerdo arbitral. En efecto, independientemente de que se trate de un arbitraje *ad hoc* o bien institucional, sobre lo cual se entrará en detalle adelante, lo cierto es que *per se*, la suscripción de un acuerdo arbitral ocasiona la eventual necesidad de sufragar gastos administrativos del proceso y honorarios de los árbitros.

Desde el punto de vista presupuestario, esto podría ocasionar la necesidad, cuando no exista la previsión respectiva, de reforzar, de ser posible, mediante una modificación interna, la subpartida de “*indemnizaciones, sentencias y resoluciones*” que es contra la cual cabe ejecutar para estos efectos, según ha entendido la CGR (Oficio No. 6025 de 2004 (FOE-FEC-319)).

Lo propio, para evitar dilaciones indeseadas en el curso del arbitraje, es que aquella administración que prevea en sus contratos acuerdos arbitrales, mantenga provisiones presupuestarias en la subpartida antes aludida, contra la cual cabe también ejecutar en caso de que el laudo arbitral disponga una condena en contra de la administración (Oficio No. 03839 de 2003 (DI-AA-966)).

## **III.- NATURALEZA DEL ARBITRAJE**

Producto de la sobredimensión que se suele dar a los límites de las administraciones públicas en su actuación, bien podría dudarse de la posibilidad jurídica de arbitrajes institucionales, de naturaleza internacional y de cualquier otro que no sea de derecho.

En efecto, el estudio pormenorizado de antecedentes administrativos de la CGR en el tema, así como de la PGR y de algunos fallos judiciales, permite señalar que,

típicamente, existe la creencia de que el Estado y sus instituciones, sólo han de acudir a arbitrajes domésticos y de derecho.

La tesis, como se intentará demostrar, carece sin embargo de sustento jurídico. No sólo hay interés, en ciertos casos, de que los arbitrajes sean, por ejemplo, periciales, sino que existe suficiente base jurídica para poder entender que cabe la posibilidad de llevarlos a cabo, aún cuando una de las partes sea un sujeto de Derecho público.

Por esa razón, seguidamente se examinará la viabilidad jurídica de arbitrajes de tipo internacional o doméstico (1), en que intervengan administraciones públicas. Sucesivamente, se hará un examen de los arbitrajes institucionales (2) para, finalmente, evaluar la viabilidad de arbitrajes de tipo pericial, de equidad y de derecho en que intervengan sujetos de Derecho público (3).

### ***1.- Internacional o doméstico***

Como ya se explicó en el primer capítulo, la doctrina ha intentado definir los elementos de juicio que harían un determinado arbitraje de carácter internacional. Se apunta, entre otros, la nacionalidad de las partes, la naturaleza del litigio, los árbitros, la institución arbitral y su localización, el desarrollo del procedimiento arbitral y el lugar del dictado del laudo (Esplugues Mota, 2004).

En el caso de la Ley Modelo de UNCITRAL de 21 de junio de 1985, se ha establecido que será internacional, aquel arbitraje en que las partes al momento de celebrar el acuerdo arbitral, tienen sus domicilios en Estados diversos. También se ha calificado así, aquel arbitraje cuyo lugar de celebración no es el de la nacionalidad de los litigantes o bien, según sea el lugar donde se cumpla una parte sustancial del objeto contractual al que se relaciona el conflicto.

En realidad, hoy día podría apuntarse que el criterio prevaleciente, es el propuesto por la legislación procesal civil francesa, a saber: será internacional aquel arbitraje que atañe a intereses del comercio internacional.

La CGR ha sido restrictiva a la hora de valorar la posibilidad de un arbitraje que involucre a una administración pública y que tenga naturaleza internacional. De hecho, todo indica que entiende que esa posibilidad no cabe, al no encontrar sustento jurídico para ello (Oficio No. 06044 de 2003 (DI-AA-1382)). En este asunto, se entendió que la solución de controversias dispuesta en un contrato administrativo por el Instituto Nacional de Aprendizaje con la consultora Zenit Internacional, conforme al cual, serían resueltos mediante las reglas de conciliación y arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio de Estocolmo. Al efecto, estimó el Órgano Contralor, que *“...no se infiere que esa Administración se encuentre facultada por norma legal para acudir a la jurisdicción de la Cámara Internacional del Comercio con el fin de dirimir sus conflictos”*. Se entrará, luego, más en detalle al respecto.

Otro de los cuestionamientos de la CGR en cuanto al arbitraje internacional, se funda en su entendimiento de que este tipo de arbitrajes conducen a la renuncia de la jurisdicción nacional, aspecto que entiende, también carece de sustento jurídico, por no existir norma legal que lo autorice (Oficio No. 05045 de 2002 (DI-AA-1400)). En el caso examinado en dicho pronunciamiento, referido al trámite de refrendo de un contrato suscrito entre el Ministerio de Economía, Industria y Comercio y una entidad canadiense, se objetó la cláusula arbitral, en el tanto remitía la solución de las controversias, a una agencia canadiense.

Finalmente, al menos en un caso, se ha entendido por parte del mismo órgano fiscalizador, que todo arbitraje en que intervenga una administración pública, debe regirse por la normativa costarricense, *“...tanto formal como sustancial”* (Oficio No. 01068 de 2002 (DI-AA-288)).

Las dudas ante estos pronunciamientos son múltiples. La referida ausencia de fundamento normativo, resulta discutible.

*Ex lege*, los sujetos de Derecho público están autorizados para someter sus conflictos al arbitraje. Así resulta del artículo 27.3 de la Ley General de la Administración Pública, en relación con el 18 párrafo último de la LRAC.

La autorización alude, en abstracto, al arbitraje, es decir, no distingue si se trata de un arbitraje doméstico o internacional. De este modo, de afirmarse que no existe una norma legal que autorice al Estado a resolver mediante un arbitraje internacional un determinado conflicto, se estaría haciendo una distinción que la ley no hace. Es decir, debería entenderse que cuando el artículo 27.3 de la Ley General de la Administración Pública alude al arbitraje, solo alude al doméstico y no al internacional, operación cuya legitimidad resulta cuestionable.

Lo que sí resulta razonable entender, es que, en vista de lo dispuesto por el artículo 10 de la LCA, en todo arbitraje internacional relativo a un contrato administrativo en que es parte una administración pública costarricense, la ley aplicable siempre, deberá ser la costarricense. La norma citada establece, al respecto, la sujeción del oferente y eventual contratista, al ordenamiento jurídico costarricense. De este modo, es posible entender que toda cláusula arbitral contenida en un contrato regido por la citada LCA, deberá incorporar como la ley aplicable la costarricense.

Este último ha sido el enfoque de la PGR al respecto. Si bien se estima por parte de ese órgano consultivo, en consideración de las normas de la LRAC, que en efecto las partes pueden definir la naturaleza del arbitraje e inclusive la ley aplicable, tales facultades tienen como límite una disposición legal en contrario, como es el caso de la citada LCA (OJ-124-99).

De este modo, es posible concluir, con los apuntados límites, que si existe la posibilidad de que administraciones públicas costarricenses celebren arbitrajes internacionales.

A mayor abundamiento, para los casos en que resulte viable jurídicamente, como se ha explicado ya, producto de sendos tratados bilaterales de inversión y tratados de libre comercio, el Estado costarricense ha asumido el compromiso de resolver mediante arbitrajes internacionales, conflictos relativos a una inversión extranjera, lo cual viene a consolidar la aludida tesis.

## ***2.- Ad hoc o institucional***

Dentro de las más importantes innovaciones de la LRAC, se encuentra la regulación de los arbitrajes institucionales, figura inexplorada hasta ese momento por el legislador nacional.

Los arbitrajes institucionales involucran la intervención de centros autorizados, los cuales están en posibilidad de ofrecer los servicios de administración de los procesos, además de su propia regulación procesal. Esto no significa, sin embargo, que sean los centros quienes resuelven las disputas, como por error suele entenderse.

La tarea de administrar el proceso, según se ha entendido con razón, más bien alude a una serie de potestades del centro arbitral, sea durante los llamados actos prearbitrales, como durante el proceso mismo y hasta los postarbitrales, lo que en ningún caso incluye el dictado del laudo, aspecto reservado al tribunal arbitral (Munné Catarina, 2002).

Como se explicó en el capítulo primero de este estudio, dentro de las diferencias que existen entre los arbitrajes institucionales y los Ad Hoc, se encuentra el hecho de que en el caso de los primeros, el trámite procesal que se sigue es el definido por la reglamentación del centro al cual las partes han decidido someterse, mientras que en el caso de los Ad Hoc será el que las partes han definido contractualmente o el definido por la LRAC.

Ahora bien, el carácter institucional de los arbitrajes, alcanza tanto a los de naturaleza doméstica como a los internacionales. De hecho, la figura de los arbitrajes institucionales cuenta con más tradición a nivel internacional que a nivel doméstico (Munné Catarina, 2002).

En lo que a este estudio se refiere, interesa cuestionarse si existe la posibilidad de que sujetos de Derecho público convengan resolver sus conflictos, mediante un arbitraje institucional.

A nivel doctrinal, existe una marcada tendencia conforme a la cual, lo recomendable, en el campo del Derecho administrativo, es optar por arbitrajes de tipo institucional. Para Patrikios (1997), esta institucionalidad ofrece seguridad jurídica. Para Giovanucci Orlandi (2001), cabe considerar como motivos para preferir el arbitraje institucional en el ámbito de Derecho administrativo, la colaboración que presta la entidad a los árbitros, así como la previsibilidad de sus procedimientos y costos, tesis compartida por Rosa Moreno (1998) y Parejo Alfonso (1999). Por su parte, Cortada Esteve (1998) califica el arbitraje institucional como la alternativa más óptima para controversias administrativas, en tanto *“se adecuaría a las necesidades derivadas de la participación de un ente público y aseguraría la imparcialidad, independencia, competencia, diligencia y discreción de los árbitros”* (p.262).

En el ámbito costarricense, la CGR no ha encontrado obstáculo alguno para que los arbitrajes referidos a controversias administrativas, se ajusten al criterio institucional, al menos en el caso de los arbitrajes domésticos (Oficio No. 02004 de 2002 (DI-AA-1006)).

La situación, en todo caso, no podía ser otra. La LRAC admite estos arbitrajes de forma expresa, admisión de la cual no cabe exceptuar a las administraciones públicas.

Más aún, en los reglamentos de contratación administrativa de la Promotora de Comercio Exterior, de Correos de Costa Rica y de la Corporación Arrocera Nacional, se optó por la alternativa del arbitraje doméstico de naturaleza institucional.

En todos esos casos, la norma respectiva indica que todas las controversias o diferencias que pudieran derivarse de la ejecución, liquidación e interpretación de sus contratos, *“podrán ser resueltas por la vía arbitral cuando así se pacte, de conformidad con el Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica”*.

Al amparo de tales disposiciones, la CGR ha entendido que la cláusula arbitral incluida en un contrato de esas administraciones, deberá necesariamente ajustarse a tales prescripciones, so pena de no refrendarse el respectivo acuerdo (Oficio No. 04538 de 2002 (DI-AA-1255)).

Es decir, no podría una de las aludidas entidades, suscribir un contrato en que el arbitraje no se rija por las normas del Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica, en tanto ello quebrantaría, por falta de aplicación, las respectivas disposiciones reglamentarias.

Interesa señalar, finalmente, en cuanto a este aspecto, que para el caso de arbitrajes institucionales es requisito de validez del arbitraje, que el centro a cargo de la administración de arbitraje, esté debidamente autorizado por el Ministerio de Justicia, según lo entendió la Sala Primera de la Corte (Res. No. 662-F-00) que, precisamente, involucraba a una persona de Derecho público.

Dijo la Sala, al respecto, lo siguiente:

**X.** En los dos primeros agravios se acusa falta de legitimación y capacidad del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos en la designación del árbitro para la solución del conflicto arbitral. El artículo 72 de la Ley expresa "Para poder dedicarse a la administración institucional de los mecanismos alternos de solución de conflictos, las entidades deberán contar con una autorización previa del Ministerio de Justicia, salvo si estuvieran autorizadas por ley especial o si se tratare de la conciliación, mediación o arbitraje laboral que tiene, en la regulación nacional, normas especiales vigentes. El Ministerio tendrá la facultad de otorgar la autorización correspondiente, después de verificar la existencia de las regulaciones apropiadas, recursos humanos e infraestructura adecuados, y demás elementos propios para el funcionamiento del centro de esa naturaleza. Para tal efecto, el Ministerio establecerá, vía reglamento, las disposiciones de carácter general que regularán los requisitos, la autorización, así como su revocación, para las entidades interesadas en brindar el servicio de administración de mecanismos alternos de solución de conflictos. El Ministerio tiene potestad de controlar el funcionamiento de los centros. Además, podrá revocar la autorización, mediante resolución razonada y previo cumplimiento del debido proceso". Este supuesto normativo en lo atinente a requisitos de funcionalidad y régimen de autorización o rechazo son desarrollados sistemáticamente por los artículos 5 y 8 del Reglamento consagrado en el Decreto N° 27166-J de 3 de julio de 1.998 al Capítulo IV de la Ley de Resolución Alterna de Conflictos para cada institución o entidad que califique para la prestación del servicio. Por resolución administrativa de las 11 horas y 30 minutos del 12 de abril de 1.998 la Ministra de Justicia y Gracia Lic. Mónica Nágel Berger resolvió: "El Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos, a la fecha de la presente resolución, no se encuentra autorizado para administrar procesos arbitrales, de conformidad con la Ley de Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social N° 7727 de 9 de diciembre de 1.997." (folios 145 a 151). El Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos en oficio 0139-99-DE, de 16 de febrero de 1.999 definió su

participación indirecta en la solución del conflicto al designar unilateralmente y sin mediar acuerdo de partes el nombramiento de un árbitro a partir del 10 de agosto de 1.998 recayendo en el Ingeniero Miguel Francisco Cruz Azofeifa (folios 90 frente, 247 frente y 251 vuelto y 252 frente). Dicho órgano colegiado no se encontraba legitimado para intervenir en el proceso arbitral ni resolver respecto de la designación de un colegiado como árbitro para dirimir un arbitraje por naturaleza institucional. Del análisis de los elementos de prueba no se demuestra el cumplimiento por el cuerpo colegiado de requisitos de ley para su autorización y funcionamiento, presupuestos de legitimidad y capacidad para la solución alterna de eventuales conflictos en amparo a lo dispuesto por los artículos 4, 5, 25, 67 inciso g), 72 y Transitorio II reformado por el artículo 21 de Reglamento 21166-J de 3 de julio de 1.998. Tales requisitos nunca se cumplieron ni tampoco el colegio presentó la solicitud de autorización ante el Ministerio de Justicia dentro del plazo de tres meses siguientes a la vigencia del reglamento a la ley, según lo establecido por el Transitorio I. Estos vicios implican la nulidad de laudo, motivo por el cual procede declararla, y en atención a ellos resulta innecesario pronunciarse sobre los restantes agravios.

En suma, siempre que se trate de una entidad debidamente autorizada por el Ministerio de Justicia, queda descartada cualquier duda en torno a la viabilidad jurídica de arbitrajes institucionales en la solución de controversias administrativas, como también la marcada tendencia doctrinal que recomienda para este tipo de controversias, dicha alternativa.

### **3.- ¿Pericial, de equidad o de derecho?**

Otra de las alternativas que se plantea al momento de definir la naturaleza del arbitraje, es disponer si se trata de un arbitraje pericial, de Equidad o de Derecho.

Para algunos, todo arbitraje en que intervenga una entidad regida por el Derecho público, deberá ser de Derecho (Tornos Más, 1995). Para Fernández Montalvo, Teso Gamella & Arozamena Laso (2004), esa debe ser la regla, “...salvo que el laudo recaiga sobre cuestiones de hecho o de simple determinación económica, en cuyo caso el laudo puede ser también de equidad” (p.109). Por su parte,

Bustillo Bolado (2001) estima que el arbitraje de equidad supone, *“una frontal vulneración del mandato de control de legalidad de la actuación administrativa del artículo 106.1 CE y, en consecuencia, debe ser descartado”* (p.310).

En el medio francés, el Conseil d’Etat (1993) excluye la alternativa de la *“mission d’amiable compositeur”*, *“compte tenu des risque de “dérapiage” qu’elle comporte”* (p. 86), tesis que comparte Patrikios (1997).

En el medio costarricense, tanto para la CGR (Oficio No. 2327 de 2001 (DI-AA-605)), como para la PGR (Dictamen C-111-2001), todo arbitraje en que intervenga una administración pública, debe ser de Derecho.

La situación, sin embargo, no luce tan clara y menos aún, como la que más conviene al interés público.

Como se ha señalado ya, las normas que autorizan a las administraciones públicas a resolver por la vía arbitral sus conflictos, no disponen que el arbitraje deba ser de Derecho. Disponen que podrán acudir al arbitraje, sin detallar o precisar que deba ser siempre de Derecho.

Desde esa perspectiva, cabe cuestionarse si queda excluida la posibilidad de arbitrajes periciales o de equidad cuando una de las partes es una administración pública. En ambos casos, se trata de arbitrajes en que se adopta el fallo en conciencia y sin sujeción a normas jurídicas. En el primer caso, la resolución se debe ajustar a criterios técnicos, mientras que en el segundo, el laudo debe fundarse en la Equidad como principio, en la prudencia y honradez.

Partiendo de tal premisa, si se examina el caso de los arbitrajes periciales, es posible encontrar, más que una norma que restrinja o prohíba tal posibilidad, una que la autoriza franca, expresa y ampliamente.

En efecto, el arbitraje pericial se encuentra regulado por los artículos 530 a 533 del CPC, bajo la denominación de juicio pericial. Tales disposiciones se mantienen aún vigentes, a pesar de la entrada en vigencia de la LRAC, que extrañamente no las incorporó en su articulado, sea con ajustes o sin ellos.

Pues bien, según se ha comentado ya, el citado artículo 530, expresamente, estatuye la posibilidad de que *“El Estado y sus instituciones, así como las municipalidades, (puedan) podrán igualmente someter a la decisión de peritos las cuestiones o diferencias en que figuren como partes interesadas, de acuerdo con las leyes respectivas”*.

De este modo, la tesis de la la CGR según la cual no es admisible un arbitraje pericial para resolver una disputa en que esté envuelto un sujeto de Derecho público, es claramente ilegítima, al no aplicar la referida norma legal.

En efecto, incomprensiblemente y de forma sistemática, como se apuntó atrás, el órgano contralor ha venido rechazando el refrendo a aquellos contratos en que se disponga que toda eventual *“discrepancia técnica”* relacionada con el convenio, podrá ser resuelta mediante un arbitraje (Oficio No. 05800 de 2003 (DI-AA-1333), Oficio No. 04622 de 2003 (DI-AA-1125) y Oficio No. 01749 de 2002 (DI-AA-489)).

El caso en que se plasma con mayor claridad esta tesis, se relaciona con un contrato sometido al trámite de refrendo por parte de la Universidad de Costa Rica. Se trataba de un contrato de obra pública, en el cual se disponía que en caso de disputa, los árbitros debían ser miembros del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos.

El refrendo contralor fue denegado, argumentándose que *“tratándose de entidades públicas como lo es esa Universidad, únicamente es factible acudir al arbitraje de*

*derecho...*” (Oficio No. 03262 de 2004 (DI-AA-0687)). Se sustentó la tesis aludiendo a la postura que en ese tema, ha mantenido la PGR, en concreto, se cita el dictamen C-094-2000 de 2000.

La tesis, sin embargo, parece malinterpretar el dictamen que se cita. En efecto, tal pronunciamiento, como otros, señala que por imperio del principio de legalidad, todo arbitraje en que intervenga una administración pública, debería ser de Derecho. Sin embargo, parece ser razonable entender que tal afirmación no excluye la posibilidad del arbitraje pericial, sino el de equidad, sobre lo cual se abundará más adelante.

De hecho, en la opinión jurídica OJ-006-2000 de la PGR, se deja en claro la viabilidad de los arbitrajes periciales en Derecho administrativo, aludiendo inclusive de forma atinada, a normativa complementaria en esa materia. Se alude, en el dictamen, al artículo 28 inciso p) de la Ley Orgánica del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos y al artículo 70 del Reglamento Interior General del mismo colegio. Además, se cita la sentencia del entonces Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo, No. 265 de las 10 horas del 21 de agosto de 1998.

Y es que en realidad, son múltiples los supuestos en que al Estado y sus instituciones les podría beneficiar un arbitraje pericial. En especial, es el caso, precisamente, de los contratos de obra pública, en los cuales, por ejemplo, podría aflorar -como sucede con frecuencia- una disputa en torno a si el contratista se ha ajustado o no a los términos de referencia de la obra. Lo mismo sucede en el caso de las expropiaciones, en que el conflicto se limita al justiprecio, lo que deja abierta la opción del arbitraje pericial, como en efecto lo admite la Ley de Expropiaciones.

La solución de una disputa como esas, precisa una pronta valoración pericial basada en las reglas unívocas de la ciencia y la técnica y no necesariamente en disposiciones jurídicas.

De este modo, impedir al Estado y sus instituciones, *contra legem*, que solucionen conflictos mediante arbitrajes periciales, lejos de reportarle beneficios, ocasiona más bien perjuicios al interés público.

Si se examina ahora la hipótesis de un arbitraje de equidad, la tesis contralora ha sido también la de vedar esa posibilidad. Así se resolvió, por ejemplo, al examinar un contrato entre la Editorial Costa Rica y una empresa privada, en que se disponía que las partes podrían acudir a un arbitraje de equidad, en caso de conflictos relacionados con el citado convenio.

Se adujo para ello, que de conformidad con el Principio de legalidad, “...*el arbitraje al que podrían acudir las partes, obligatoriamente será de derecho y no de equidad*” (Oficio No. 05992 de 2004 (DI-AA-1153)). En ese sentido, si existe una clara coincidencia de criterios con la PGR, según se ha señalado.

Sin embargo, en su resolución No. 1027-90, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sostuvo una tesis en contrario. En esa resolución, se examinó la constitucionalidad de un contrato de préstamo internacional. Se señaló en lo que aquí interesa, que no “...*parece constitucionalmente chocante la inclusión de una cláusula de compromiso arbitral...*”, al entender que “*en el caso del deudor -Instituto Costarricense de Electricidad-, en defecto de su Ley Orgánica le está autorizada por las normas generales del Código Procesal Civil (arts. 507 ss.) y, en el del garante, el Estado de Costa Rica tan sólo requiere de una expresa autorización legislativa, si se trata de materias de Derecho Público, o de la Contraloría General de la República, si de Derecho Privado (art. 27.3 Ley General de la Administración Pública) sin que exista ninguna restricción para que el*

*arbitraje deba ser solamente de "árbitros de derecho" o "juris" y no pueda serlo, también, de "arbitradores" o árbitros de equidad".*

Como se ve, la tesis concuerda con lo señalado atrás. La autorización dispuesta por el artículo 27.3 de la LGAP y, actualmente, por el artículo 18 párrafo último de la LRAC, al aludir en abstracto al arbitraje, incorpora las distintas modalidades del arbitraje, en lo que ahora interesa, tanto el de derecho como el de equidad.

Interesa acá considerar el dicho de Foussard (1990), para quien, si bien los arbitrajes de equidad pueden suscitar las referidas reservas, lo cierto es que el amigable componedor –árbitro de Equidad-, al igual que el árbitro de Derecho, “*est bien entendu tenu de se conformer à l’ordre public*” (p.36) , tesis que cabe complementar con el enfoque de Jarrosson (1997) al respecto: la misión del árbitro de equidad, como la del Juez togado, es impartir justicia, inclusive aportando correctivos al Derecho al tenor de la Equidad. Por otra parte, estima el autor, no debe dejarse de lado que la amigable composición sólo existe, en tanto las propias partes así lo han deseado: resulta por todo ello difícil de justificar, dice el autor, la desconfianza en el arbitraje de Equidad.

#### **IV.- TRÁMITES PRE-ARBITRALES**

Una vez examinados los aspectos relativos al acuerdo arbitral y a la definición de la naturaleza del arbitraje en que interviene una entidad de Derecho público, interesa examinar lo que se ha denominado en este estudio, como trámites pre-arbitrales.

En específico, por la especial naturaleza, a veces sobredimensionada, de la actividad de los sujetos de Derecho público, interesa evaluar dos aspectos que han ocasionado algunas dificultades en la puesta en acción del arbitraje en este ámbito.

Se trata del trámite de designación del árbitro propuesto por una administración pública una vez que da inicio un arbitraje (1), así como si resulta preciso el agotamiento de la vía administrativa, como requisito previo al arbitraje (2).

### ***1.- La designación del árbitro por parte de las administraciones públicas. Requisitos de la actividad***

Una vez que se ha suscrito un acuerdo arbitral y que, lamentablemente, aflora un conflicto que desencadena el inicio de un arbitraje, uno de los primeros actos con que debe cumplirse, es que las partes designen uno de los árbitros que compondrá el tribunal arbitral.

Normalmente, esa tarea no debería ocasionar mayores dificultades. Sin embargo, dado que las administraciones públicas están regidas en su quehacer contractual, por un régimen de Derecho público, ha saltado la duda en torno al procedimiento que deben seguir, de previo a seleccionar un árbitro (A).

Una vez seleccionado el árbitro, considerando la especialidad del régimen de contratación de las administraciones públicas, interesa evaluar si resulta exigible o no, como requisito de eficacia, el refrendo contralor de tal acuerdo (B).

#### **A.- Del procedimiento de selección del árbitro por parte de las administraciones públicas**

La designación de un árbitro, para la doctrina, es un acto jurídico que desemboca en una relación de tipo contractual (Clay, 2001). Esta circunstancia obliga a evaluar, en el caso de los sujetos de Derecho público, ¿cuál procedimiento de contratación resulta exigible para que un sujeto de Derecho público, elija un árbitro? En concreto, ¿resultan aplicables los procedimientos de contratación administrativa dispuestos en la LCA?

El tema ha sido objeto de atención, también, en el Derecho comparado. En efecto, en el Derecho comunitario europeo, como también en el Derecho español, la temática ha sido expresamente atendida por la normativa.

La solución normativa, en ambos casos que como era de esperar, consiste en excluir la contratación de árbitros o conciliadores por parte de las administraciones públicas, de los procedimientos de contratación administrativa ordinaria.

En efecto, en el ámbito comunitario europeo, desde la Directiva 92/50/CEE del Consejo Europeo de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, se había dispuesto que *“los contratos relativos a servicios de arbitraje y conciliación”*, quedaron excluidos de las regulaciones dispuestas en la directiva. Se entendió, al respecto, que tal exclusión se justificaba, en el tanto *“...los servicios de arbitraje y conciliación son prestados normalmente por personas u organismos nombrados o seleccionados mediante un procedimiento al que no pueden aplicarse las normas de contratación...”*

La regulación fue posteriormente ratificada mediante la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, actualmente en vigencia.

Se estimó, al respecto, que los servicios de arbitraje son contratados mediante un trámite que *“...no puede regirse por las normas de adjudicación de los contratos públicos”*. De ahí que en el actual artículo 16 de la Directiva, se haya incluido dentro de las exclusiones específicas a sus disposiciones, aquellos contratos *“c) cuyo objeto sean servicios de arbitraje y de conciliación”*.

Considerando ese tratamiento, la Ley española de contratos de las administraciones públicas, incluyó en su artículo 3.1.j), una regulación idéntica a la comunitaria europea.

La exclusión debería alcanzar, para algunos, ya no tan solo el procedimiento de contratación del árbitro designado por la entidad pública, sino además *“negocios conexos a los de arbitraje, como pueden ser, por ejemplo, los dirigidos al apoyo logístico que los árbitros precisen para el desempeño de su función”* (Escribano Testaut & Benavente Cózar, 2002). Se trataría, por ejemplo, del contrato con una entidad autorizada para administrar procesos arbitrales.

En el medio nacional, el tema ha sido abordado, de forma amplia y sistemática, en dos distintas ocasiones por la CGR. La solución, como se explicará de seguido, terminó siendo la misma que la adoptada en el medio europeo.

En la primera ocasión en que se evaluó el tema (Oficio 3882 de 1999 (DGCA-451-99)), la CGR llegó a la conclusión de que no resultaban aplicables las disposiciones de la LCA, a partir de la consideración de que *“...la labor de árbitro deriva de los propios poderes del Estado, y está vinculada con su función jurisdiccional, por lo que no es materia que se regule en la Ley de Contratación Administrativa”*.

Por otra parte, se entendió que tal función jurisdiccional no deriva de una relación contractual, sino más bien, de las disposiciones de la Constitución y la ley, por lo que no resultan aplicables las regulaciones de la LCA. En detalle, se argumentó que *“...los árbitros ejercen, como ya lo dijimos, una función jurisdiccional propiamente, por lo que su actividad no se deriva de un contrato administrativo, sino de la Constitución (artículo 43) y de la ley que son las que permiten la existencia de procesos arbitrales para la resolución de conflictos patrimoniales.”*

En cuanto al primer argumento, en efecto, al examinar la naturaleza jurídica del arbitraje, una voz autorizada (Jarrosson, 1987), ha reconocido en la actividad arbitral, un claro contenido jurisdiccional.

La tesis que no puede compartirse, sin embargo, es la que descalifica la contractualidad del arbitraje. Como se ha dicho ya, en efecto, existe entre el árbitro y las partes, una relación de tipo contractual.

De hecho, como lo apunta Jarrosson, el poder jurisdiccional del árbitro tiene un origen contractual. Si bien *ex lege*, se da efecto de cosa juzgada al laudo arbitral, tal circunstancia no se produce, materialmente, sino como producto del acuerdo entre las partes de resolver, por la vía arbitral, un determinado conflicto.

Hoy día es posible señalar, como tesis pacífica en la doctrina comparada, que la relación entre el árbitro y las partes, es de naturaleza contractual. La expresión de Clay (2001), según la cual, "*l'existence d'un contrat n'y fait pas de doute*" (p.477) así lo deja entrever. El autor alude, para fundar su expresión, a las tesis doctrinales del medio francés, suizo, alemán y austriaco, que ratifican la relación contractual existente entre los litigantes y los árbitros.

Ahora bien, dejando de lado esa precisión técnica, la tesis de fondo de la CGR esgrimida en este pronunciamiento, es sin duda la correcta. No cabe entender exigible un procedimiento de contratación ordinario, para seleccionar un árbitro por parte de un ente u órgano de Derecho público.

La tesis encuentra justificación en diversas consideraciones, algunas de las cuales fueron argumentadas por la CGR en otro pronunciamiento relativo al tema (Oficio No. 8944 de 2003 (DAGJ-1116-2003)).

En lo fundamental, en este nuevo pronunciamiento, se esgrimieron dos razones para excluir de los procedimientos de contratación administrativa ordinarios, la selección de un árbitro por parte de un sujeto de Derecho público.

El primero se refiere a la naturaleza de la función del árbitro *vis à vis* la naturaleza de los “servicios profesionales ordinarios”. Para el caso de los servicios prestados por el árbitro a la administración, de nuevo se confirmó su naturaleza jurisdiccional, característica que lo aleja de los servicios profesionales ordinarios, calificados por el Órgano Contralor, como “instrumentos de colaboración con la función pública”. En esta distinción se encontró, con tino, una clara incompatibilidad entre dichos servicios y los procedimientos de contratación.

Se dijo, al respecto, que “...al constituirse el árbitro en un tercero independiente a los intereses y fines de la Administración y del otro sujeto involucrado, su selección no encuentra compatibilidad con los procedimientos licitatorios contemplados en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento General; normativa general desarrollada para el aprovisionamiento de bienes y servicios necesarios para la consecución de los fines de cada entidad pública.”

El segundo elemento de juicio considerado, se refiere a la relación de confianza que debe existir entre la administración y el árbitro seleccionado, aspecto que, con razón, se considera también incompatible con los criterios objetivos que imperan en los procedimientos ordinarios de selección de contratistas. En concreto, se señaló que “...ese elemento de “confianza” va más allá de la mera decisión objetiva producto de un concurso público. En otras palabras, no es compatible con los procedimientos licitatorios (básicamente implican selección por parámetros meramente objetivos) la incorporación de un elemento que difícilmente sea “medible” como parámetro objetivo, tal como lo es la confianza”.

Efectivamente, en buena medida, el éxito de un arbitraje, pasa por las cualidades del árbitro, de ahí la expresión antes aludida, *“Tant vaut l’arbitre, tant vaut l’arbitrage”*.

En ese entendimiento, es claro que deberá existir una sólida confianza de la administración en el árbitro de designe, elemento de juicio que difícilmente podría traducirse en un hipotético cartel licitatorio que definiera las condiciones para oír ofertas de interesados en prestar servicios de arbitraje.

De hecho, para Patrikios (1997), en el campo del Derecho administrativo es especialmente importante, asegurarse de que los árbitros gocen de al menos tres cualidades: independencia, imparcialidad y neutralidad.

Sobre estas cualidades, interesa profundizar, siguiendo el enfoque de Rosa Moreno (1998). Como explica el autor, en el caso del juez estatal, su independencia, imparcialidad y neutralidad, vienen garantizadas con su *“configuración institucional dentro de Estado de Derecho”*, mientras que en el caso de árbitro, *“viene determinada por su concreta posición personal respecto al conflicto”*. Así, explica el autor, *“una es una neutralidad institucionalmente garantizada, la otra es una neutralidad personalmente exigida”* (p. 117).

Se descarta, en vista de esas consideraciones, la posibilidad de seleccionar un árbitro mediante un procedimiento de contratación ordinario e inclusive, mediante una contratación directa.

En el citado Oficio No. 3882, la CGR concluyó, en definitiva, que *“... el nombramiento de árbitros de frente a la Ley de Solución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, es materia que no se rige por la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, por lo que no se puede hablar ni de aplicación de procedimientos ordinarios ni de contrataciones directas.”*

A esas razones cabe agregar otras circunstancias de naturaleza práctica. De sujetarse la designación de árbitros a las formalidades de un procedimiento de contratación ordinario y aún a los de una contratación directa, tal designación resultaría tardía. De hecho, sin duda se excederían los límites temporales dispuestos por la legislación para esa actividad y en algunos casos, por las propias cláusulas arbitrales, como se vio que sucede para el caso del Contrato de Gestión Interesada del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría.

Como es sabido, la actividad de selección de un árbitro está sujeta a un plazo perentorio dispuesto por la LRAC o, en su caso, por los reglamentos de los centros autorizados y hasta por las propias cláusulas compromisorias. El sistema está ideado, en todos los casos, de forma tal que si la parte que tiene esa carga no cumple en un plazo determinado, se abre la alternativa de procedimientos sustitutivos, de modo que se evite de esa forma, el estancamiento del proceso.

Es claro que cualquiera que sea el procedimiento de contratación (ordinario o extraordinario), difícilmente podrían las administraciones públicas cumplir en tiempo con la designación del árbitro que les corresponde. Ante esta situación, la otra parte podría acudir a los mecanismos residuales previstos en la normativa e integrar el Tribunal, legítimamente, prescindiendo de la voluntad de la administración pública respectiva.

Como se puede ver, son múltiples los argumentos que justifican la exclusión de los procedimientos de contratación regulados por la LCA en este campo.

Ahora bien, admitida esa tesis, interesa examinar algunos lineamientos que la CGR puntualizó en el primero de los oficios citados, a efecto de realizar la selección de interés.

Se apuntó en esa ocasión, que “...un problema que se podría presentar es que siempre sea la misma persona la nombrada por una Institución o que los nombramientos sean para las mismas personas siempre”.

La solución sugerida para evitar tal circunstancia, fue que el Poder Ejecutivo reglamentara la materia y en su defecto, que “...siempre que vaya a nombrar un árbitro (sea de derecho o de equidad), debe dejar claramente establecidas las razones por las cuáles basa su elección en una determinada persona, con el fin de que esos motivos consten claramente, y haya una posibilidad real de que sean verificados, ya sea por los órganos de control interno y externo, o por algún tercero interesado.” Se hace notar, aquí, la aceptación tácita de la CGR de los arbitrajes de equidad, descartada en otros pronunciamientos, según se ha indicado.

Es decir, la selección de un árbitro por parte de las administraciones públicas, si bien no debe estar precedida por un procedimiento licitatorio, si debe estar precedida, al menos, por un acto administrativo que incluya una expresa motivación, que permita a terceros inferir las razones por las cuales se ha optado por una u otra persona.

En ese sentido, parece lógico considerar como criterios para seleccionar un árbitro, su experiencia profesional, preparación académica, conocimientos en arbitraje, especialidad profesional, si ha sido admitido como árbitro por centros especializados, etc.

### **B.- No se requiere refrendo por la naturaleza del contrato**

Una vez que la administración ha cumplido con su tarea de seleccionar al árbitro, en vista de la naturaleza contractual de esa relación, queda por examinar si tal convenio precisa de refrendo contralor. La situación, en este caso, tiene una expresa solución normativa.

En efecto, de conformidad con lo establecido por el artículo 3.1.h) del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, Resolución del Despacho de la Contralora General de la República, a las catorce horas del ocho de marzo del año dos mil seis, en razón de su naturaleza, está excluida del refrendo contralor, *“La designación de personas físicas o jurídicas para intervenir en los procesos de arbitraje o conciliación”*, tesis que, como era de esperar, ha sido la sostenida en diversos pronunciamientos por parte de la CGR (Oficio No. 01239 de 2001 (DI-AA-345); Oficio No. 00147 de 2005 (DI-AA-0039)).

De esta forma, bastará con la adopción del acuerdo mediante el cual se designe el árbitro, para que una vez comunicado y aceptada la designación, aquel sea eficaz, sin necesidad del examen de legalidad de la CGR.

## **2.- ¿Es preciso agotar la vía administrativa?**

Producto del otrora requerimiento formal del previo agotamiento de la vía administrativa para acudir al contencioso administrativo, no es extraño cuestionarse si, de previo a acudir a un arbitraje en que intervenga una administración pública, debe el interesado cumplir con el procedimiento previo de agotamiento de la vía administrativa.

De hecho, en la doctrina, Cortada Esteve (1998) apunta estima al respeto, que *“el hecho que el arbitraje sea un medio de resolución de conflictos alternativo a la acción judicial y que se le configure como una jurisdicción, significa, en el ámbito administrativo, que no se podrán desconocer los requisitos exigidos para demandar la Administración ante los Tribunales”* (p. 253).

Si bien no se ha encontrado ningún pronunciamiento de los órganos consultivos de la administración al respecto, tanto la práctica como las distintas disposiciones

legales examinadas, son contestes en estimar que no es necesario ni exigible el agotamiento de la vía administrativa, como presupuesto formal del proceso arbitral.

La exigibilidad de una formalidad como esa, sólo podría ser legítima en caso de que una expresa disposición legal así lo dispusiera, o bien, en el caso de que las partes, voluntariamente, lo hayan establecido así.

La situación es más clara aún, considerando la imposibilidad de pensar en la aplicación analógica del artículo 31 de la LRJCA, hoy día anulado por la Sala Constitucional (Res. No. 3669-06).

Ni la LRAC, como tampoco las otras disposiciones legales antes estudiadas, normas especiales y posteriores a la LRJCA, hacen una expresa mención al deber del particular de agotar la vía administrativa antes de acudir a la arbitral, de forma tal que no existe duda alguna de que dicho trámite no resulta exigible.

Ahora bien, como se ha señalado, esto no excluye que las partes decidan incluir en las cláusulas compromisorias, un primer intento de solución de la controversia, mediante el procedimiento de la amigable composición de intereses y/o de una conciliación extrajudicial.

En efecto, ese es el caso, por ejemplo, de la cláusula arbitral del Contrato de Gestión Interesada del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, como también es el caso de la citada cláusula del Contrato de Concesión de Obra Pública del Corredor San José San Ramón.

Lo que no queda claro, es si en esos supuestos podría hablarse de que esa gestión conciliatoria representa un presupuesto procesal de forma, en ausencia

del cual, la demanda arbitral devendría inadmisibile, circunstancia que tampoco es objeto de regulación en la LRAC.

En principio, de ser esa la voluntad de las partes, lo propio es que lo señalen expresamente así, de modo que la duda sea despejada.

Probablemente, la situación no ha ocasionado dificultades, al menos en el caso del Contrato de Gestión Interesada del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, en el tanto existen plazos perentorios para dar término a la fase de conciliación de forma tácita. Es decir, si transcurridos los plazos establecidos por las partes para llegar a un acuerdo conciliatorio, éste no se alcanza, se entiende agotado el trámite, despejándose el camino hacia el arbitraje.

## **V.- ASPECTOS PROCESALES**

Finalmente, debe hacerse una breve referencia a algunos aspectos relativos al procedimiento del arbitraje en Derecho administrativo.

Si bien cada día cede más ese dogma, por la especial naturaleza de los intereses que deberían resguardar los sujetos de Derecho público, suele reconocérseles una serie de prerrogativas y privilegios exorbitantes del Derecho común, algunos de ellos, de carácter procesal.

Por ello, de seguido se evaluará, sucintamente, el procedimiento a que queda sujeto un arbitraje en que intervenga una persona de Derecho público (1), lo mismo que el relativo a las medidas cautelares (2) y el de ejecución de un laudo firme, considerando en este último caso, los efectos jurídicos que genera (3).

## **1.- Del procedimiento arbitral**

Tanto la doctrina citada, como la LGAP y la LRAC, son contestes en no admitir distinciones procesales en el instituto del arbitraje cuando en el proceso interviene un sujeto en Derecho administrativo. Es decir, resulta de aplicación el mismo procedimiento que aplica para sujetos de Derecho común.

La tesis, sin embargo, ha sido descartada tanto por el Derecho comparado, como por la doctrina (Serrano-Mantilla, 2005). En Francia, Chapus (2001) no ha encontrado obstáculo alguno para considerar aplicables las reglas del Código Procesal Civil francés a los arbitrajes en que intervenga una administración pública, mientras que para el Conseil d'Etat (1993), es preciso "*transposer*" tales disposiciones de Derecho común, "*pour les adapter en tant que de besoin aux problèmes spécifiques de l'arbitrage administratif*" (p.95).

Cada vez más, a propósito de las modernas tendencias, el régimen procesal que rige los procesos en que interviene un sujeto de Derecho público, se acerca al que rige a los sujetos de Derecho privado (Fromont, 2005).

Por ello, ni aún a modo de *lege ferenda*, se estima necesario plantear un tratamiento distinto desde el punto de vista procesal.

Más aún, la CGR ha insistido en el carácter imperativo de la aplicación de las disposiciones de la LRAC (Oficio No. 00691 de 2001 (DI-AA-2001); Oficio No. 05130 de 14 de mayo de 2001 (DI-AA-1258)) para el caso de arbitrajes en que intervenga una administración pública, a pesar de que la PGR, por su parte, entiende que tal regulación es insuficiente e imprecisa (Dictámenes C-089-99 y C-111-2001, entre otros).

Esta circunstancia, según lo ha dejado entrever la PGR en su jurisprudencia administrativa, podría entenderse como una debilidad propia de la legislación, al estar dirigida a litigios entre sujetos de Derecho privado.

Lejos de tratarse de una debilidad, más bien debe verse en esta circunstancia, una fortaleza del arbitraje, en el tanto se ven superadas limitaciones inconstitucionales, como las dispuestas por la LRJCA, en lo que a pretensiones y poderes del juez se refiere, según se comentará de seguido.

Los vacíos que se lamentan, han de ser superados mediante los mecanismos que el propio ordenamiento jurídico administrativo ha previsto al efecto –vid. Art. 9.2 de la LGAP- y no deben justificar una resistencia al instituto de arbitraje.

## ***2.- De las medidas cautelares***

En cuanto a las medidas cautelares, tema de amplísima evolución en el Derecho procesal administrativo, la LRAC, en su artículo 52, no hace, *a priori*, ninguna diferencia de trato para el caso de los arbitrajes en que participa o interviene un sujeto de Derecho público.

Sobresale, sin embargo, la disposición de la norma conforme a la cual, las medidas cautelares podrán ser solicitadas por las partes *“a la autoridad judicial competente”*.

De este modo, para el caso de los procesos arbitrales en que interviene una administración pública, deberá entenderse que la adopción de una medida cautelar concierne al juez contencioso administrativo, por ser una de las partes, una administración pública.

En ese mismo sentido se pronuncia Patrikios (1997), para quien corresponde al juez del référé, disponer medidas cautelares en procesos arbitrales en que intervenga una administración pública.

No debe dejarse de señalar –de *lege ferenda*- que en el Derecho comparado, la reciente Ley española de arbitraje (No. 60/2003), vino a quebrar el monopolio judicial en la adopción de medidas cautelares al que parece responder la aludida norma de la LRAC. En efecto, en dicha legislación, si bien se reconoce a los tribunales judiciales la potestad de adoptar medidas cautelares (Art. 8.3), también es cierto que según señala el artículo 23, salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de aquellas, adoptar medidas cautelares, regla que responde, según refiere Barona Vilar (2004), a la tesis del Grupo de trabajo sobre Arbitraje de la UNCITRAL, planteada a propósito de su 40° período de sesiones, celebrado del 23 al 27 de febrero de 2004, en donde se presentó la nueva versión del artículo 17 de la Ley modelo UNCITRAL, conforme a la cual, los árbitros quedan en posibilidad de adoptar medidas cautelares. Se trata para la autora, de *“una importante conquista, un avance hacia lo que debe entenderse como la concepción moderna de la tutela cautelar en el arbitraje”*.

Por otra parte, no debe dejarse de señalar, en ese sentido, que a partir de la entrada en vigencia del Código Procesal Contencioso Administrativo, se podrán entender superadas las restricciones imperantes en torno a la naturaleza de las medidas cautelares.

Como se dispone en esa normativa, cabe adoptar medidas de cualquier naturaleza, inclusive las de carácter positivo.

### **3.- Efectos del laudo y su ejecución**

Otro de los temas de especial interés, es el relativo a los efectos y la ejecución del laudo arbitral adoptado en un proceso arbitral, en el cual una de las partes es un sujeto de Derecho público.

En ese sentido, cabe cuestionarse, al menos, ¿cuáles son los efectos del laudo arbitral? y ¿cómo se ejecuta?

En cuanto a la primera interrogante, es claro que un laudo arbitral firme, tendrá los mismos efectos de las sentencias de lo contencioso administrativo, siendo que se les ha reconocido en la LRAC, su capacidad de generar los efectos de la cosa juzgada.

La CGR ha ratificado esta última situación, al menos en dos ocasiones conocidas por el estudio. En el primer caso, se produjo un laudo arbitral que condenó a la administración al pago de una suma líquida y exigible, lo cual generó una factura de gobierno sometida a examen del Órgano Contralor.

Una vez examinada la factura y comprobada la firmeza del laudo condenatorio, se señaló que por haberse dispuesto tal condenatoria en *“una sentencia –sic- que es vinculante y se encuentra firme, este Despacho no tiene mayores comentarios que formular...”* (Oficio No. 06964 de 2001 (DI-AA-1737)).

En el segundo caso de interés, se planteó consulta de parte de la administración a la CGR, en el tanto se estimó que en un laudo arbitral firme, se había considerado una tasa de interés diversa a la que, para la entidad consultante, resultaba aplicable. Se pretendía mediante la consulta, evitar cumplir con el laudo arbitral.

Examinado el caso, el Órgano Contralor entendió que, si bien podrían existir dudas en torno a la tasa aplicable, al estar firme el laudo, la entidad consultante debía “...dar fiel cumplimiento al mandato del Tribunal Arbitral con el consiguiente pago de intereses conforme a las reglas por éste mandato dispuestas” (Oficio No. 01745 de 2000 (DAGJ-280-2000)).

Como queda en evidencia, no existe, porque las disposiciones de la LRAC no dejan espacio para la duda, motivo alguno para entender que los efectos de un laudo firme en que se condene a la administración, no causen idénticos efectos jurídicos que los de una sentencia judicial firme.

Finalmente, en cuanto a la ejecución del laudo arbitral, para Cortada Esteve, se trata del “*obstáculo más arduo con el que se puede enfrentar el arbitraje en el ámbito administrativo*”, vista la autotutela administrativa de las administraciones públicas.

Al respecto, cabe destacar que, en general, la LRAC no contiene regulaciones relativas a la ejecución del laudo arbitral.

A nivel doctrinal, dicha laguna se ha entendido debe ser integrada mediante los artículos 12 y 630 inciso 2) del CPC y el artículo 172.2. de la la LOPJ (Artavia Barrantes, 2000).

La tesis fue posteriormente avalada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (Res. No. 253-C-05), cuando entró a conocer un conflicto de competencia, relativo a cuál autoridad judicial correspondía conocer de las diligencias de ejecución de un laudo arbitral relativo a un conflicto entre el Instituto Tecnológico de Costa Rica y una empresa privada. En ese caso, se señaló, textualmente, lo siguiente:

I.- En el presente asunto, se pretende ejecutar la sentencia –*sic*- de las 11 horas 30 minutos del 2 de noviembre de 2001 dictada por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica –*sic*- dentro de un proceso arbitral, mediante la cual se condenó a la parte demandada, al pago de la suma de cuarenta y seis millones trescientos cuarenta y un mil quinientos cuarenta y ocho colones, intereses, así como al pago de los daños y perjuicios causados y las costas procesales y personales del proceso. El Juez Civil de Cartago rechazó la excepción de competencia por razón de la materia que interpuso el apoderado de la sociedad demandada, por cuanto estimó que al tratarse de una conciliación realizada en sede administrativa, surte los efectos de cosa juzgada a tenor del numeral 9 de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de 1998, señala además, que si bien la norma no lo indica de forma expresa, se debe entender que cubre tanto los judiciales como los extrajudiciales. El apoderado de la demandada señala que al tratarse de un laudo arbitral el competente para conocer es el Tribunal de primera instancia, en este caso el Tribunal Arbitral. El artículo 12 del Código Procesal Civil y el 172 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establecen que el competente para conocer de las ejecuciones de sentencia de las resoluciones dictadas por los árbitros, según se trate de asuntos de mayor o menor cuantía será el órgano jurisdiccional a quien le hubiere correspondido.

II.- De conformidad con los ordinales 9, 12 y 629 del Código Procesal Civil; 110 y 172 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las ejecuciones de sentencia firme y demás resoluciones se ordenarán siempre a gestión de parte, y ***serán ejecutadas por el tribunal que hubiese conocido en primera instancia.*** En este asunto la resolución que se pretende ejecutar fue dictada por un Tribunal Arbitral, por lo que debe conocerla el Juzgado al que le hubiese correspondido conocer en primera instancia el proceso ordinario.

III.- Consecuentemente, se impone declarar que el conocimiento de este proceso compete al Juzgado Contencioso Administrativo del Segundo Circuito Judicial de San José.

Como puede verse, a partir de lo dispuesto en este fallo, la ejecución de un laudo arbitral en que interviene un sujeto de Derecho público, es competencia del juez de lo contencioso administrativo, dentro de los límites del contenido del laudo y conforme a las disposiciones de los artículos 76 a 81 de la LRJCA y, a partir de la entrada en vigor del Código Procesal Contencioso Administrativo, por sus

disposiciones en la materia, que representan, sin duda, un punto de inflexión en la materia.

Indistintamente de esto último, no debe dejarse de considerar el interés de que los árbitros, conocidas las dificultades para que las administraciones públicas ejecuten fallos que las condenan, cumplan con la exigencia contenida en el artículo 58 inciso h) de la LRAC, para de esa forma, reducir la posibilidad de una tardía ejecución de lo laudado.

\*

\* \*

En suma, con sustento en todo lo dicho en este capítulo, pueden extraerse las siguientes conclusiones básicas:

Para la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, son controversias arbitrables en Derecho público, aquellas que no se relacionen con pretensiones anulatorias de actos administrativos, tales como las referidas a relaciones contractuales, sean éstas de Derecho público o privado, responsabilidad administrativa y la existencia o inexistencia de un derecho real de servidumbre.

No son arbitrables, para ese mismo Tribunal, aquellos conflictos referidos al ejercicio de potestades administrativas, por virtud del dogma de la indisponibilidad de las potestades administrativas y por cuanto en estas disputas entran en juego el interés público, el cual trasciende al de las partes.

El recurso al dogma de la indisponibilidad de las potestades administrativas, no resulta de recibo dos distintas razones:

- como se ha entendido con razón, “... *el árbitro no sustituye con su actividad a la Administración, sino al órgano judicial*” de modo, que al

llevarse a arbitraje una disputa relacionada con el ejercicio de una potestad administrativa, se vulnera el aludido principio dispuesto por el artículo 66 de la LGAP. Como bien señala López Menudo (1999), *“Mediante el arbitraje, la Administración no cede, o se allana, o tolera, o abandona, el cumplimiento de la norma imperativa, sino que defiere la solución del conflicto a un órgano que, por hipótesis, cuidará de la legalidad y juridicidad conforme a los principios constitucionales”* (p.19).

- Además, cuando un sujeto de Derecho público decide acudir a la vía arbitral para resolver un litigio, lejos de ceder a un tercero –sea éste su contraparte o el árbitro- su potestad, en realidad tan sólo realiza un acto de disposición o administración de aquella. En suma, en modo alguno, opera un desprendimiento de la potestad.

La tesis referida a la indisponibilidad del interés público y su indisponibilidad, debe también excluirse en tanto:

- desde la puesta en vigor de la LGAP, como se ha visto, el legislador, precedido de legitimidad democrática, decidió que si era posible transar y comprometer en árbitros, aún en el ámbito del Derecho público. De este modo, negar esa posibilidad, bajo el argumento que se estudia, implica violar, por falta de aplicación, la aludida regla de orden público.
- Además, como explica Oppetit (1998), el Juez y el árbitro hacen derivar su *ratio decidendi* de fuentes idénticas de modo que ambos actúan sujetos a las reglas de orden público.

Tampoco es de recibo la tesis de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, conforme a la cual, la interpretación y aplicación de la normativa de orden público “no puede estar sujeta a la decisión de árbitros”, de modo que un tribunal arbitral “es incompetente para conocer de cualquier controversia surgida entre las partes

con ocasión de la interpretación y aplicación de la normativa de orden público”, en tanto, al igual que el Juez, el árbitro debe ajustar su decisión a las normas de orden público. Aún más, de violarlas –sea por indebida aplicación o por su falta de aplicación-, dice la Ley RAC, lo decidido estaría viciado de nulidad...

En realidad, las tesis restrictivas de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en torno a lo arbitrable en Derecho público, se sustentan en una consideración metajurídica, quizás relacionada con la irritación que usualmente causa el arbitraje en el juez estatal (Fernández Rozas, 2005), a lo cual se agrega su usual desconfianza en el quehacer arbitral (Fernández Rozas, 2005; Santamaría Pastor, 2004), desconfianza que, como se ha demostrado, no alcanza al legislador ordinario y menos aún al Constituyente.

De *lege ferenda*, parece recomendable generar un paralelismo entre el acceso a la técnica consensual y la técnica arbitral, de modo que De esta forma, aunque como se ha dicho, *de lege lata* esta posibilidad ya existe, lo que resta es aparejar el tratamiento dado a la materia conciliable en el ámbito de arbitraje, de modo que el artículo 18 de la LRAC disponga, en adelante, lo siguiente:

Artículo 18.- **Arbitraje de controversias.** ... Todo sujeto de Derecho público, incluyendo el Estado, podrá someter sus controversias a arbitraje, de conformidad con las reglas de la presente ley y el inciso 3) del artículo 27 de la Ley General de la Administración Pública. Para los efectos de esta ley, será arbitrable toda controversia relacionada con la conducta administrativa, su validez y sus efectos, con independencia de su naturaleza pública o privada.

Al amparo de una disposición como esa, quedará sujeto al caso concreto, evaluar si se está o no frente a controversias sobre las cuales las partes tengan poder de

disposición, sin que pueda resolverse, como hasta ahora, que no lo tienen, en tanto media el interés público.

Dos supuestos en donde, razonablemente, podría estimarse que los conflictos no son arbitrables, podrían ser:

- desde la perspectiva de las administraciones públicas, la indisponibilidad de la materia se dará cuando se carezca de competencia sobre la misma;
- desde la perspectiva de los particulares, califican como inarbitrables, aquellos conflictos cuya resolución se proyecte sobre la esfera jurídica amparada por el Derecho de terceros ajenos al convenio arbitral, como sería el caso de impugnaciones directas de reglamentos, actos administrativos dirigidos a una pluralidad indeterminada de personas y cualquier asunto en materias legalmente abiertas a la acción pública.

El acuerdo arbitral decidido por una administración pública, se encuentra sujeto a, al menos, cuatro requisitos para que sea conforme al Ordenamiento Jurídico:

- **requisitos de naturaleza formal:** se trata de un acto administrativo de contenido discrecional, complejo, que no requiere de autorización administrativa alguna de parte de otras administraciones y que precisa ser motivado, en especial, en caso de no ser negativo a la instancia arbitral;
- **requisitos de tipo orgánico:** en el caso de la administración central, debe ser adoptado por el Presidente de la República y el ministro del ramo. En el caso de las administraciones descentralizadas, debe ser adoptado por el órgano de superior jerarquía suprema;

- **requisitos temporales:** puede adoptarse *ex ante* –cláusula compromisoria incluida en un contrato- o *ex post* –acuerdo arbitral-;
- **requisitos materiales:** el acuerdo debe referirse a materia arbitrable.

El acuerdo arbitral o cláusula compromisoria, causa dos distintos efectos jurídicos:

- Los de **carácter procesal:** caracterizados por la doctrina, como los efectos positivos –obligación jurídica de someter a arbitraje las controversias- y negativos –imposibilidad de juez estatal de conocer de la disputa-;
- Los de **carácter presupuestario:** previsión en la subpartida de indemnizaciones, sentencias y resoluciones, de la respectiva administración pública, de fondos suficientes para cubrir los costos del arbitraje, aún así sea eventual.

Nada impide al Estado costarricense y sus instituciones, convenir en solucionar disputas mediante un arbitraje de tipo doméstico, o cuando la controversia se relacione con el comercio internacional, mediante uno de carácter internacional.

Nada impide al Estado costarricense y sus instituciones, convenir en solucionar disputas mediante un arbitraje *ad hoc* o institucional. La doctrina que se ha referido al tema, recomienda esta última modalidad.

Nada impide al Estado costarricense y sus instituciones, convenir en solucionar disputas mediante un arbitraje pericial, al estar expresamente autorizado al efecto, por el Código Procesal Civil (Arts. 507 ss.).

Nada impide al Estado costarricense y sus instituciones, convenir en solucionar disputas mediante un arbitraje de Derecho o de Equidad. La doctrina, mayoritariamente, estima que debe ser de Derecho.

En la designación del árbitro, las administraciones públicas no deben cumplir con los procedimientos de selección dispuestos por la Ley de Contratación Administrativa, los cuales resultan incompatibles con la figura arbitral así como por consideraciones de orden práctico.

No es preciso agotar la vía administrativa antes de acudir a la arbitral, salvo que las partes así lo hayan dispuesto.

El procedimiento arbitral en Derecho público, es idéntico al que rige los procesos arbitrales de Derecho privado.

Las medidas cautelares en procesos arbitrales de Derecho público, sólo pueden ser adoptadas por los jueces de lo contencioso administrativo.

Un laudo arbitral, como cualquier sentencia, está en posibilidad de sustentar una determinada erogación de fondos provenientes de la Hacienda Pública.

De conformidad con los artículos 12 y 630 inciso 2) del CPC y el artículo 172.2. de la LOPJ, los laudos arbitrales en el campo del Derecho público, deben ser ejecutados por medio del juez de lo contencioso administrativo.

## CONCLUSIONES

Es manifiesta la incursión del arbitraje y demás mecanismos no judiciales de solución de conflictos, en el ámbito del Derecho administrativo, muy a pesar de la supuesta incompatibilidad de estos instrumentos y el interés público.

En lo fundamental, es posible identificar tres distintas razones que explican, de forma complementaria y concurrente, el por qué de ese fenómeno:

- El primero de refiere a la crónica insuficiencia material del aparato judicial para atender la demanda de justicia administrativa (crisis de la Justicia administrativa). Indistintamente de la especialidad de la jurisdicción contencioso administrativa, *urbis et orbe*, existen claras evidencias de lo escaso que es ese recurso de solución de conflictos con las administraciones públicas.
- Se ha avanzado en una concepción integrada del Estado y la sociedad en la cual se acuerda, pacta o contrata el ejercicio mismo del poder, lo cual facilita el uso de modos consensuales de solución de conflictos. En suma, se empieza a abandonar el ejercicio de las potestades administrativas en “*clave autoritaria*”.
- Por exigencias propias del proceso de internacionalización de las economías, se ha diseñado una estrategia de atracción de inversión extranjera que incluye el arbitraje como modo típico de solución de controversias mixtas (entre el inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión).

Al inicio de la era revolucionaria del finales del Siglo XVIII, el arbitraje tuvo su “...*heure de gloire*” al reconocerse en el arbitraje, una derecho fundamental de carácter liberal, lo cual permitió la introducción de la justicia arbitral en la estatal, sin romper el nexo entre las nociones de Justicia y Soberanía, al propiciarse una profunda unidad entre esas dos modalidades de justicia.

El derecho reconocido en las declaraciones de finales del Siglo XVIII, implicó el reconocimiento, para el ciudadano, de una facultad de hacer y una obligación del Estado de abstenerse de cualquier conducta que restringiera tal facultad.

La garantía fundamental a ver resueltos de modo definitivo los conflictos mediante el arbitraje que declarada el artículo 43 de la CP, tiene como antecedentes mediatos y de naturaleza exógena, la Constitución girondina de 1791 -art.5- y la gaditana de 1812, arts. 280 y 281-.

Prácticamente durante toda la historia constitucional costarricense, el arbitraje ha tenido relevancia constitucional, siendo posible identificar dos etapas.

La primera etapa, que va de 1821 a 1847, hecha la excepción de los textos de 1824 y 1835, se caracteriza por el tratamiento del instituto, a partir de una concepción jurisdiccional del mismo, de modo que el árbitro asume la competencia estatal de resolver los conflictos, por delegación, lo cual explica que las regulaciones sobre el tema se incluyan en el apartado dedicado al Poder Judicial.

En la segunda fase, que inicia a partir de la Constitución de 1859 y se mantiene hasta la fecha, se consolida la autonomía del arbitraje y su carácter de garantía fundamental de libertad.

El derecho fundamental al arbitraje es una garantía típica, en tanto ha sido expresamente regulado por el Título IV de la Constitución Política, mediante el artículo 43 constitucional.

Se trata de un derecho fundamental de carácter civil, es decir, de defensa, que desde una dimensión estrictamente subjetiva, entraña un contenido negativo que se traduce en la prohibición jurídico-constitucional, de impedir/obligar a toda persona, a acudir a la vía arbitral para solucionar sus conflictos patrimoniales.

El artículo 43 constitucional, presenta una estructura principal y no de regla, de modo que:

- cabe considerarla como un principio jurídico constitucional, según la propia Sala Constitucional lo ha admitido;
- a aplicarse, se debe acudir a la técnica de la ponderación, de modo que se procura la máxima efectividad posible, considerando las circunstancias del caso, generándose así el Principio pro arbitraje.

El derecho fundamental regido por el artículo 43 constitucional, genera una relación jurídica de carácter triádico, como es el caso de toda libertad jurídica, conforme a la cual, **X** -todo justiciable- es libre, con respecto a **Y** –el Estado o cualquier sujeto en posición de poder- para hacer **Z** o no hacer **Z** -acción de someter/no someter a resolución arbitral un conflicto de contenido patrimonial, inclusive, si está en conocimiento judicial-.

El núcleo intangible de la garantía fundamental que se estudia, está definido por el contenido de la alternativa de acción representada por Z.

Del derecho regulado por el artículo 43 constitucional, cabe derivar dos derechos de defensa:

- el derecho al no impedimento u obstaculización de la resolución arbitral de una disputa de carácter patrimonial, aún estando pendiente un litigio;
- el derecho a que el Estado no elimine la posibilidad jurídica de resolver las disputas por la vía arbitral o judicial.

La garantía contenida en el artículo 43 constitucional, comporta el derecho a acciones positivas del Estado, consistentes en lo siguiente:

- el desarrollo de normas de organización que distingan los distintos actores que intervienen en la justicia arbitral, incluyendo al Poder Judicial;
- siendo el derecho en examen, uno de los que califica como derecho dependiente del procedimiento, la aprobación de normas de procedimiento; y,
- normas de competencia, atributivas de poderes jurídicos para el árbitro, los centros autorizados y el Poder Judicial.

La garantía fundamental en comentario, está sujeta de límites intrínsecos y extrínsecos. Dentro de los primeros, se encuentra el carácter patrimonial de la disputa, mientras que en el caso de los segundos, se encuentra el Principio de Debido Proceso, el Orden Público y las reglas de administración de la justicia.

Para el caso concreto del arbitraje que involucre administraciones públicas, surge como límite adicional, al menos para la Sala Constitucional, el Principio de Legalidad.

El arbitraje *ex lege* no resulta conforme con el Derecho de la Constitución, de modo que el legislador no podrá imponer como única alternativa de solución de conflictos, la arbitral, aunque si podrá sugerirla como la idónea.

En el Ordenamiento Jurídico administrativo costarricense, existen evidencias de lo que podría calificarse como una actividad administrativa conciliatoria, en donde las administraciones públicas intervienen a efecto de lograr que dos partes en conflicto, lo resuelvan de modo autocompositivo.

Uno de los campos en donde se manifiesta tal actividad, es el Derecho laboral individual.

- En ese ámbito, la labor de la administración pública debe limitarse a servir de facilitadora de la solución de estos conflictos, asesorando para ello a ambas partes, ofreciéndoles una solución que ha de ajustarse al Ordenamiento Jurídico, de modo que no se les niegue nada, ni se le reconozca nada que no le corresponda obtener conforme al Ordenamiento jurídico;
- La administración debe ajustarse de modo irrestricto al **Principio de neutralidad**, de modo que ha de ser objetiva y escapar a toda manifestación de parcialidad en la tarea de asesorar a las partes para que llegue a una solución del conflicto. También resulta de clara aplicación, el apuntado **Principio de igualdad de oportunidades y medios de defensa**.

El otro campo en el cual se ha atribuido poderes de conciliación a órganos administrativos, es en el Derecho del Consumidor.

- Según la normativa que regula dicha actividad, el papel del órgano administrativo se limita al que típicamente se asigna a un conciliador, de modo que no está en capacidad de imponer una solución al conflicto, sino tan sólo facilitarlo;
- En ejercicio de esta potestad, no se adopta acto administrativo alguno en ejercicio de un papel de tercero supraordinado a las partes, aunque si un acto administrativo que homologa el acuerdo de las partes, de modo que el acuerdo no vulnere el Ordenamiento Jurídico;
- Existe un deber jurídico a cargo de la Comisión Nacional del Consumidor, de hacer valer los acuerdos conciliatorios, al tener el mismo efecto que un acto administrativo final en el marco de un procedimiento administrativo sancionador.

También se ha asignado potestades dirigidas a conciliar conflictos interprivatos a un órgano administrativo, en el Derecho Minero.

- En ejercicio de tal potestad, la autoridad minera debe ajustarse a las prescripciones del Capítulo II de la Ley RAC (No.7727);
- No se atribuye a la autoridad minera más que un poder facilitador de la solución del conflicto, de modo que como en los casos anteriores, dicho órgano administrativo carece de capacidad suficiente para imponer la solución a las partes.

En el Ordenamiento Jurídico administrativo existen disposiciones disgregadas de modo asistemático, que han atribuido verdaderos poderes arbitrales a diversas

administraciones públicas, con el objeto de solucionar diferentes *inter privatos* referidos a derechos de carácter civil.

El primer caso se refiere a la actividad consular, en ejercicio de la cual, se atribuye a los cónsules –funcionarios públicos- la capacidad de intervenir como árbitros, para resolver desavenencias entre costarricenses que decidan someterse a su fallo.

- Considerando las disposiciones de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y la Doctrina dominante en el tema, se trata de una función atípica;
- Para ejercer tal función, el Cónsul debe ajustarse a la legislación común de la materia (Ley RAC No. 7727).

Otro caso en donde se ha comprobado la atribución de una potestad administrativa arbitral, es el regulado por la Ley No. 2035, Orgánica del Consejo Nacional de Producción, que incluye dentro de las actividades ordinarias de ese ente, la de participar como árbitro en asuntos de su competencia.

- La actuación de este ente administrativo, en ejercicio de la aludida potestad, debería ajustarse a la Ley RAC (No.7727);
- La decisión que se adopte, carece de recursos administrativos, al adquirir la condición de laudo arbitral.

En estos dos casos, el arbitraje siempre será de Equidad, salvo que el funcionario del Consejo designado o el Cónsul sean abogados incorporados al Colegio de Abogados con más de cinco años de experiencia.

En materia de Derecho del Consumidor, no se ha atribuido a órganos administrativos, potestades arbitrales administrativas. En realidad, lo dispuesto por

los artículos 58 de la Ley No. 7472 y 72 de su Reglamento, regulan un arbitraje privado sujeto a las disposiciones de la Ley RAC (No.7727).

A propósito del fenómeno de la agencification, en el Ordenamiento Jurídico costarricense se muestran algunas evidencias de actividad administrativa arbitral.

Una de ellas, se refiere a la potestad de resolución de quejas que se atribuye a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP).

- Tal potestad ha de entenderse reducida a aquellos ámbitos en que se pueda de alguna forma afectar el interés público tutelado por tal autoridad, lo que debe relacionarse con las actividades reguladas del prestatario, no así con aquellas que se refieren al ejercicio de su capacidad de Derecho privado;
- Para ejercer tal potestad, debe tramitarse un procedimiento administrativo de carácter triangular, cuyo output será una resolución impugnabile en la vía de lo contencioso administrativo.
- Esta atribución debe relacionarse con el deber de la administración pública de velar por la eficacia de los derechos de los usuarios previstos en el artículo 46 párrafo último de la Constitución Política.

A propósito de la apertura a la competencia de los mercados de telecomunicaciones y seguros, se han propuesto regulaciones que aluden a la capacidad arbitral de órganos reguladores.

- En el proyecto de ley de telecomunicaciones, queda en evidencia un afán expreso de atribuir a la SUTEL, una potestad administrativa arbitral. Lo lamentable, sin embargo,

es la escasa precisión con que se hace, además de lo limitado que resulta la materia “arbitrable”.

- En el proyecto de Ley Reguladora del Mercado de Seguros (Exp. No. 16.305) se regula de modo errático el papel del “Defensor del Asegurado”, lo cual hará que la actividad arbitral de dicho órgano –aparentemente ad.hoc.- pueda llegar a verse imposibilitado.

Como resultado de la acogida, aún inmadura, de los modelos de cooperación público privada en el medio costarricense, se ha podido comprobar que en todos los casos, se ha previsto en los contratos de esta naturaleza, una cláusula de resolución no judicial de los conflictos de tipo escalonado.

Aún en los casos en que estos contratos no están regidos por la Ley No. 7762 (Gestión Interesada del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría; Revisión Técnica Vehicular), se han previsto este tipo de cláusulas de resolución de disputas que evitan la alternativa judicial.

Las distintas administraciones públicas que han convenido en contratos de cooperación público-privados, no han logrado desarrollar una política estable en los términos de solución de conflictos de modo no judicial, cayéndose en reiteradas imprecisiones y regulaciones a veces contradictorias.

Para la Contraloría General de la República, erradamente, estos mecanismos de solución de controversias deben restringirse a propósito del dogma de la indisponibilidad de las potestades administrativas y de la discrecionalidad de las administraciones públicas de acudir a estos mecanismos.

Para la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, son controversias arbitrables en Derecho público, aquellas que no se relacionen con pretensiones anulatorias de actos administrativos, tales como las referidas a relaciones contractuales, sean éstas de Derecho público o privado, responsabilidad administrativa y la existencia o inexistencia de un derecho real de servidumbre.

No son arbitrables, para ese mismo Tribunal, aquellos conflictos referidos al ejercicio de potestades administrativas, por virtud del dogma de la indisponibilidad de las potestades administrativas y por cuanto en estas disputas entran en juego el interés público, el cual trasciende al de las partes.

El recurso al dogma de la indisponibilidad de las potestades administrativas, no resulta de recibo dos distintas razones:

- como se ha entendido con razón, “... *el árbitro no sustituye con su actividad a la Administración, sino al órgano judicial*” de modo, que al llevarse a arbitraje una disputa relacionada con el ejercicio de una potestad administrativa, se vulnera el aludido principio dispuesto por el artículo 66 de la LGAP. Como bien señala López Menudo (1999), “*Mediante el arbitraje, la Administración no cede, o se allana, o tolera, o abandona, el cumplimiento de la norma imperativa, sino que defiere la solución del conflicto a un órgano que, por hipótesis, cuidará de la legalidad y juridicidad conforme a los principios constitucionales*” (p.19).
- Además, cuando un sujeto de Derecho público decide acudir a la vía arbitral para resolver un litigio, lejos de ceder a un tercero –sea éste su contraparte o el árbitro- su potestad, en realidad tan sólo realiza un acto de disposición o administración de aquella. En suma, en modo alguno, opera un desprendimiento de la potestad.

La tesis referida a la indisponibilidad del interés público y su indisponibilidad, debe también excluirse en tanto:

- desde la puesta en vigor de la LGAP, como se ha visto, el legislador, precedido de legitimidad democrática, decidió que si era posible transar y comprometer en árbitros, aún en el ámbito del Derecho público. De este modo, negar esa posibilidad, bajo el argumento que se estudia, implica violar, por falta de aplicación, la aludida regla de orden público.
- Además, como explica Oppetit (1998), el Juez y el árbitro hacen derivar su *ratio decidendi* de fuentes idénticas de modo que ambos actúan sujetos a las reglas de orden público.

Tampoco es de recibo la tesis de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, conforme a la cual, la interpretación y aplicación de la normativa de orden público “no puede estar sujeta a la decisión de árbitros”, de modo que un tribunal arbitral “es incompetente para conocer de cualquier controversia surgida entre las partes con ocasión de la interpretación y aplicación de la normativa de orden público”, en tanto, al igual que el Juez, el árbitro debe ajustar su decisión a las normas de orden público. Aún más, de violarlas –sea por indebida aplicación o por su falta de aplicación-, dice la Ley RAC, lo decidido estaría viciado de nulidad...

En realidad, las tesis restrictivas de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en torno a lo arbitrable en Derecho público, se sustentan en una consideración metajurídica, quizás relacionada con la irritación que usualmente causa el arbitraje en el juez estatal (Fernández Rozas, 2005), a lo cual se agrega su usual desconfianza en el quehacer arbitral (Fernández Rozas, 2005; Santamaría Pastor, 2004), desconfianza que, como se ha demostrado, no alcanza al legislador ordinario y menos aún al Constituyente.

De *lege ferenda*, parece recomendable generar un paralelismo entre el acceso a la técnica consensual y la técnica arbitral, de modo que De esta forma, aunque como se ha dicho, *de lege lata* esta posibilidad ya existe, lo que resta es aparejar el tratamiento dado a la materia conciliable en el ámbito de arbitraje, de modo que el artículo 18 de la LRAC disponga, en adelante, lo siguiente:

Artículo 18.- **Arbitraje de controversias.** ... Todo sujeto de Derecho público, incluyendo el Estado, podrá someter sus controversias a arbitraje, de conformidad con las reglas de la presente ley y el inciso 3) del artículo 27 de la Ley General de la Administración Pública. Para los efectos de esta ley, será arbitrable toda controversia relacionada con la conducta administrativa, su validez y sus efectos, con independencia de su naturaleza pública o privada.

Al amparo de una disposición como esa, quedará sujeto al caso concreto, evaluar si se está o no frente a controversias sobre las cuales las partes tengan poder de disposición, sin que pueda resolverse, como hasta ahora, que no lo tienen, en tanto media el interés público.

Dos supuestos en donde, razonablemente, podría estimarse que los conflictos no son arbitrables, podrían ser:

- desde la perspectiva de las administraciones públicas, la indisponibilidad de la materia se dará cuando se carezca de competencia sobre la misma;
- desde la perspectiva de los particulares, califican como inarbitrables, aquellos conflictos cuya resolución se proyecte sobre la esfera jurídica amparada por el Derecho de terceros ajenos al convenio arbitral, como sería el caso de impugnaciones directas de reglamentos, actos

administrativos dirigidos a una pluralidad indeterminada de personas y cualquier asunto en materias legalmente abiertas a la acción pública.

El acuerdo arbitral decidido por una administración pública, se encuentra sujeto a, al menos, cuatro requisitos para que sea conforme al Ordenamiento Jurídico:

- **requisitos de naturaleza formal:** se trata de un acto administrativo de contenido discrecional, complejo, que no requiere de autorización administrativa alguna de parte de otras administraciones y que precisa ser motivado, en especial, en caso de no ser negativo a la instancia arbitral;
- **requisitos de tipo orgánico:** en el caso de la administración central, debe ser adoptado por el Presidente de la República y el ministro del ramo. En el caso de las administraciones descentralizadas, debe ser adoptado por el órgano de superior jerarquía suprema;
- **requisitos temporales:** puede adoptarse *ex ante* –cláusula compromisoria incluida en un contrato- o *ex post* –acuerdo arbitral-;
- **requisitos materiales:** el acuerdo debe referirse a materia arbitrable.

El acuerdo arbitral o cláusula compromisoria, causa dos distintos efectos jurídicos:

- Los de **carácter procesal:** caracterizados por la doctrina, como los efectos positivos –obligación jurídica de someter a arbitraje las controversias- y negativos –imposibilidad de juez estatal de conocer de la disputa-;
- Los de **carácter presupuestario:** previsión en la subpartida de indemnizaciones, sentencias y resoluciones, de la respectiva administración

pública, de fondos suficientes para cubrir los costos del arbitraje, aún así sea eventual.

Nada impide al Estado costarricense y sus instituciones, convenir en solucionar disputas mediante un arbitraje de tipo doméstico, o cuando la controversia se relacione con el comercio internacional, mediante uno de carácter internacional.

Nada impide al Estado costarricense y sus instituciones, convenir en solucionar disputas mediante un arbitraje *ad hoc* o institucional. La doctrina que se ha referido al tema, recomienda esta última modalidad.

Nada impide al Estado costarricense y sus instituciones, convenir en solucionar disputas mediante un arbitraje pericial, al estar expresamente autorizado al efecto, por el Código Procesal Civil (Arts. 507 ss.).

Nada impide al Estado costarricense y sus instituciones, convenir en solucionar disputas mediante un arbitraje de Derecho o de Equidad. La doctrina, mayoritariamente, estima que debe ser de Derecho.

En la designación del árbitro, las administraciones públicas no deben cumplir con los procedimientos de selección dispuestos por la Ley de Contratación Administrativa, los cuales resultan incompatibles con la figura arbitral así como por consideraciones de orden práctico.

No es preciso agotar la vía administrativa antes de acudir a la arbitral, salvo que las partes así lo hayan dispuesto.

El procedimiento arbitral en Derecho público, es idéntico al que rige los procesos arbitrales de Derecho privado.

Las medidas cautelares en procesos arbitrales de Derecho público, sólo pueden ser adoptadas por los jueces de lo contencioso administrativo.

Un laudo arbitral, como cualquier sentencia, está en posibilidad de sustentar una determinada erogación de fondos provenientes de la Hacienda Pública.

De conformidad con los artículos 12 y 630 inciso 2) del CPC y el artículo 172.2. de la la LOPJ, los laudos arbitrales en el campo del Derecho público, deben ser ejecutados por medio del juez de lo contencioso administrativo.

## BIBLIOGRAFÍA DOCUMENTAL

### I.- DOCUMENTOS INSTITUCIONALES

Banco Mundial. (1997). *El Estado en un mundo en transformación*. Washington D.C.: Autor.

Comisión de las Comunidades Europeas. (2004). *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones*. Bruselas: Autor.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (1985). *Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional*, Nueva York: Autor.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2002). *Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional*, Nueva York: Autor.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2004). *Disposiciones Legales Modelo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada*, Nueva York: Autor.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2001). *Guía Legislativa sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada*, Nueva York: Autor.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Organización de las Naciones Unidas. (2000). *La Inversión Extranjera en América Latina y el Caribe, Informe 1999*, Santiago de Chile: Autor.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Organización de las Naciones Unidas. (2001). *La Inversión Extranjera en América Latina y el Caribe, Informe 2000*, Santiago de Chile: Autor.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Organización de las Naciones Unidas. (2001). *La competitividad internacional y el desarrollo nacional: implicancias para la política de Inversión Extranjera Directa (IED) en América Latina*, Serie Desarrollo Productivo, Santiago de Chile: Autor.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. (2005a). *Informe sobre las inversiones en el mundo 2005. Las empresas transnacionales y la internacionalización de la investigación y el desarrollo. Panorama general*. Nueva York & Ginebra: Autor.

Conseil d'Etat. (1993). *Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative* [Resolver alternativamente los conflictos: conciliación, transacción, arbitraje en materia administrativa]. París: Autor.

Reino Unido, HM Treasury. (2004). *Standardisation of PFI contracts. Version 3*. [Estandarización de contratos PFI. Version 3]. Londres: Autor.

Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial. (1999). *Directrices CET de la UNUDI*, Viena: Autor.

United Nations Conference on Trade and Development. (2004), *Recent developments in international investment agreements. Research note*. [Desarrollos recientes en tratados internacionales de inversión. Nota de investigación]. Geneva: Autor.

United Nations Conference on Trade and Development. (2005b), *International investment agreements: Key issues* [Tratados internacionales de inversión: temas claves]. Geneva: Autor.

World Bank. (1998). *Concessions for Infrastructure. A guide to design and award*. Washington: [Concesiones para infraestructura. Una guía para diseñar y adjudicar] Autor.

## II.- REVISTAS

Audit, M. (2004). Le contrat de partenariat ou l'essor de l'arbitrage en matière administrative. [El contrato de colaboración o el auge del arbitraje en materia administrativa]. *Revue de l'Arbitrage*, 3, 541-564.

Bernal Gutiérrez, R. (2004). El arbitraje del Estado: la regulación en Latinoamérica. *Revista Internacional de Arbitraje*, 1, 123-154.

Blackaby, N. (2004). El arbitraje según los tratados bilaterales de inversión y tratados de libre comercio en América Latina. *Revista Internacional de Arbitraje*, 1, 17-64.

Boumakani, B. (2003). La médiation dans la vie administrative [La mediación en la vida administrativa]. *Revue de Droit Public*, 3, 863-888.

Bullinger, M. (1993). La Administración, al ritmo de la economía y la sociedad. *Documentación Administrativa*, 234, 85-113.

Burdeau, G. (1995). Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats [Nuevas perspectivas para el arbitraje en el contencioso económico en que son parte los Estados]. *Revue d'Arbitrage*, 1, 3-37.

Brohm, W. (1993). Sobre la aceleración de los procedimientos administrativos. *Documentación Administrativa*, 235-236, 377-402.

Canal Muñoz, J & Ibáñez Buíl, P. (2000). El arbitraje en el Derecho Administrativo. *Actualidad Administrativa*, 13, 459-487.

- Carazo Liébana, M.J. (1996). Sobre la constitucionalidad del arbitraje obligatorio en materia de transporte (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 1995). *Revista de Derecho Mercantil*, 222, 1305-1319.
- Cassese, S. (1998). L'arbitrato nel Diritto Administrativo [El arbitraje en Derecho Administrativo]. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2, 311-327.
- Cassese, S. (2001a). L'età delle riforme amministrative [El estado de la reforma administrativa]. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1, 79-97.
- Cassese, S. (2001b). L'arena pubblica, Nuovi paradigmi per lo Stato. [Nuevos paradigmas para el Estado]. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 3, 601-650.
- Cervantes Bravo, I. (2006). El arbitraje como origen del proceso y su evolución histórica hasta la etapa de codificación del Derecho procesal español. *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2, 295-317.
- Córdoba Ortega, J. (1995). La incorporación del arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de conflictos en la legislación administrativa. *Revista IVSTITIA*, 103, 4-19.
- Cortada Esteve, M. (1998). El arbitraje: un medio alternativo en la justicia administrativa. *Revista Vasca de Administración Pública*, 51, 239-270.
- Cremades, B.M. & Cairns, D.J.A. (2004). La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados. *Revista Internacional de Arbitraje*, 1, 65-104.

- Cuesta Sáenz, J.M. (1996). Contractualidad del arbitraje (A propósito de la STC 174/1995, de 23 de noviembre). *Derecho Privado y Constitución*, 9, 315-322.
- Del Olmo, J. (1999). Legislación sobre modos alternativos de resolución de conflictos administrativos en los Estados Unidos de Norteamérica. *Justicia Administrativa*, 4, 273-295.
- Delgado Piqueras, F. (1993). La «Administrative Dispute Resolution Act» de los Estados Unidos: Introducción, traducción y notas. *Revista de Administración Pública*, 131, 557-569.
- Denoix de Saint Marc, R. (2003). Le juge administratif et les libertés publiques. Allocutions d'ouverture [El juez administrativo y las libertades públicas. Alocuciones de apertura]. *Revue Française de Droit Administratif*, 6, 1046-1049.
- Donnat F. y Casas D. (2003). Le juge administratif peut homologuer une transaction en dehors de tout litige [El juez administrativo puede homologar una transacción fuera de todo litigio]. *Actualité Juridique Droit Administratif, Hebdo*, 6, 280-282.
- Ducarouge, F. (1996). Le Juge Administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits: transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français [El juez administrativo y los modos alternativos de solución de conflictos: transacción, mediación, conciliación y arbitraje en derecho público francés]. *Revue Française de Droit Administratif*, 12 (1) 86-95.
- Echandi Gurdián, M.L. (2005). Nuevo Servicio Público, Constitución y Derecho de la Competencia. *Revista de Derecho Público* 1, 29-46.

- Fernández Farreres, G. (2006). La Administración Pública y las reglas de la "externalización". *Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo*, 33, 5-27.
- Fernández Rozas, J.C. (2005). Arbitraje y jurisdicción. *Derecho Privado y Constitución*, 19, 55-91.
- Ferret Jacas, J. (1999). Límites del arbitraje administrativo. *Revista Andaluza de Administración Pública*, 35, 11-19.
- Fouletier, M. (2000). La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives [La ley de 30 de junio 2000 relativa al référé ante las jurisdicciones administrativas]. *Revue Française de Droit Administratif*, 16 (5), 963-988.
- Foussard, D. (1990). L'arbitrage en droit administratif [El arbitraje en derecho administrativo]. *Revue d'Arbitrage*, 1, 3-54.
- Foussard, D. (1989). Le juge administratif et l'arbitrage [El juez administrativo y el arbitraje]. *Revue d'Arbitrage*, 1, 167-188.
- Fromont, M. (1997). Les modes alternatifs de règlements des litiges. L'exemple allemand [Los modos alternativos de solución de litigios. El ejemplo alemán]. *Actualité Juridique Droit Administratif*, 1, 59-63.
- García Gómez de Mercado, F. (2003). Alternativas a la solución judicial de los conflictos con la Administración. *Revista española de Derecho Administrativo*, 119, 393-431.
- Gaudemet, Y. (1992). L'arbitrage: aspects de droit public. État de la question [El arbitraje: aspectos de derecho público. Estado de la cuestión]. *Revue d'Arbitrage*, 1, 241-257.

- González García, J.V. (2006). Contrato de Colaboración Público-Privada. *Revista de Administración Pública*, 170, 7-39.
- González Pérez, J. (1998). La Transacción en el Proyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. *Revista de Administración Pública*, 145, 7-28.
- Guillaume-Hofnung, M. (1997). La médiation [La mediación] *Actualité Juridique Droit Administratif*, 1, 30-40.
- Guillén Caramés, J. (2005). Administración y Actividad Arbitral : la necesidad de simplificación y reforma de los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo. *Revista de Administración Pública*, 166, 353-417.
- Gualde, A. (2004). El arbitraje internacional, los servicios públicos y la defensa del Estado. *Documentación Administrativa*, 267-268, 445-460.
- Herz, M. (2003). Régimen argentino de promoción y protección de inversiones en los albores del nuevo milenio: de los tratados bilaterales, Mercosur mediante, al ALCA y la OMC. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 7, 2-20.
- Hoffmann-Riem, W. (1993). La reforma del Derecho Administrativo. *Documentación Administrativa*, 234, 19-84.
- Jarrosson, Ch. (1997). L´arbitrage en Droit Public [El arbitraje en Derecho Público]. *Actualité Juridique Droit Administratif*, 1, 6-24.
- Jarrosson, Ch. (1995). Remarques sur la circulaire du 6 février 1995 relative au développement de la transaction en matière administrative [Notas relativas

la circular de 6 de febrero de 1995 relativa al desarrollo de la transacción en materia administrativa]. *Revue d'Arbitrage*, 1, 435-439.

Jarrosson, Ch. (1999). La pratique de la conciliation au Tribunal administratif de Nantes [La práctica de la conciliación en el Tribunal administrativo de Nantes]. *Revue Française de Droit Administratif*, 3, 611-621.

Krebs, W. (1993). Contratos y convenios entre la Administración y particulares. *Documentación Administrativa*, 235-236, 55-87.

Latournerie, M.A. (2000). Réflexions sur l'évolution de la juridiction administrative française [Reflexiones sobre la evolución de la jurisdicción administrativa francesa]. *Revue française de droit administratif*, 5, 921-928.

Lopez Menudo, F. (1999). Arbitraje y Derecho Público, *Justicia Administrativa*, 2, 5-21.

Lyon-Caen, A. (1997). Sur la transaction en droit administratif [Sobre la transacción en derecho administrativo]. *Actualité Juridique Droit Administratif*, 1, 48-53.

Mantilla-Serrano, F. (2005). El arbitraje y los contratos estatales: la óptica europea. *Revista Internacional de Arbitraje*, 2, 77-96.

Marín-Barnuevo Fabo, D. (2005). Problemas actuales de la Justicia Administrativa. *Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo*, 26, 35-60.

Marín Gámez, J.A. (2002). Aproximación a la problemática jurídico-constitucional del arbitraje. *Derecho Privado y Constitución*, 16, 223-257.

Marzorati, O. (2004). Arbitrajes ante el CIADI: algunas consideraciones sobre el alcance de la protección a las inversiones. *Documentación Administrativa* 267-268, 461-482.

- Merino Merchán, J.F. (1995). El equivalente jurisdiccional y la declaración de inconstitucionalidad del arbitraje previsto en el art. 38.2 párrafo 1, de la ley 16/1987 de Ordenación de los Transportes Terrestres (Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 174/1995, de 23 de noviembre). *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 11, 223-231.
- Merino Merchán, J.F. (2004). Cuestiones de relevancia constitucional, parlamentaria y judicial en la nueva Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre). *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 10, 157-191.
- Mezgravis, A. (2001). La promoción del arbitraje: un deber constitucional reconocido y vulnerado por la jurisprudencia. *Revista de Derecho Constitucional*, 5, 131-152.
- Montoya Martín, E. (2000). Medios alternativos de resolución de conflictos en la Administración Local. *Justicia Administrativa, Número extraordinario*, 133-148.
- Morón Urbina J.C. (2000). La solución alternativa de controversias en sede administrativa (De la imposición unilateral de la autoridad a la conciliación de intereses en asuntos administrativos), 14.
- Munoz, F. (1997). Pour une logique de la conciliation [Hacia una lógica de la conciliación]. *Actualité Juridique Droit Administratif*, 1, 41-47.
- Ortiz Ortiz, E. (1966). Aspectos Legales de Concesiones Ferrocarrileras. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 27, 221-223.
- Pacteau, B. (1989). Quelles perspectives pour l'arbitrage en contentieux administratif? Le cas des litiges administratifs entre personnes privées. Note sous Conseil d'Etat, Section, 3 mars 1989. [Cuáles son las perspectivas del arbitraje en el contencioso administrativo? El caso de litigios administrativos

- entre personas privadas. Nota sobre Consejo de Estado, Sección, 3 de marzo 1989]. *Revue Française de Droit Administratif*, 5, 619-626.
- Parada Vásquez, J.R. (1967). Derecho administrativo, Derecho privado y Derecho garantizador. *Revista de Administración Pública*, 52, 59-99.
- Parada Vásquez, J.R. (1999). Arbitraje y Derecho Administrativo: la actividad arbitral de la Administración. *Revista Galega de Administración Pública*, 23, 19-43.
- Perez Moreno, A. (1998). Comentario al artículo 77. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 100, 550-557.
- Perez Moreno, A. (1999). La conciliación judicial y otras alternativas jurisdiccionales en el orden contencioso-administrativo. *Justicia Administrativa, número especial sobre la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, 111-122.
- Richer, L. (1997). Les modes alternatifs de règlements des litiges et le droit administratif [Los modos alternos de solución de conflictos y el derecho administrativo]. *Actualité Juridique Droit Administratif*, 1, 3-9.
- Rivero Ysern, J.L. (1999). Las funciones del Defensor del Pueblo en orden a la resolución extrajudicial de conflictos con la Administración Pública. *Revista Andaluza de Administración Pública*, 34, 55-114.
- Sáenz Casals, C. (1994). Administración y arbitraje: resolver de otra manera los conflictos. *REALA*, 264, 709-721.
- Sánchez de la Torre, A. (1988). El origen del Arbitraje: una hipótesis. *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense. Curso 1987-1988*, 353-375.

- Sánchez Morón, M. (2001). Sobre la situación de la Justicia Administrativa en los albores del Siglo XXI. *Revista de Administración Pública*, 154, 293-322.
- Sbert, H. (2001). Las inversiones extranjeras en América Latina y la integración regional. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2, 1-68.
- Schmidt-Assmann, E. (1993). La doctrina de las formas jurídicas de la actividad administrativa. Su significado en el sistema del Derecho administrativo y para el pensamiento administrativo actual. *Documentación Administrativa*, 235-234, 7-31.
- Silva Romero, E. (2004). La distinción entre Estado y Administración y el arbitraje resultante de contratos de Estado. *Revista Internacional de Arbitraje*, 1, 155-187.
- Stolleis, M. (1993). Las líneas de desarrollo de la dogmática en el Derecho Administrativo en la era industrial. *Documentación Administrativa*, 234, 4-17.
- Tornos Mas, J. (1995). Medios Complementarios a la Resolución Jurisdiccional de los Conflictos Administrativos. *Revista de Administración Pública*, 136, 149-177.
- Trayter, J.M. (1997). El Arbitraje de Derecho Administrativo. *Revista de Administración Pública*, 143, 75-106.

### **III.- LIBROS**

- Abdelgawad, W. (2001). *Arbitrage et Droit de la Concurrence, contribution à l'étude des rapports entre ordre spontané et ordre organisé* [Arbitraje y Derecho de la Competencia, contribución al estudio de las relaciones entre orden espontáneo y orden organizado], Paris : LGDJ.

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traducción de E. Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alonso García, E. (1991). El artículo 24.1 de la Constitución en la jurisprudencia el Tribunal Constitucional: problemas generales y acceso a los tribunales. En, *Estudios sobre la Constitución Española*, (pp. 973-1026). Madrid: Autor.
- Araya Pochet, C. (2005). *Historia del Derecho Constitucional Costarricense*. San José: Editorial Universidad Estatal a Distancia.
- Artavia Barrantes, S. (2000). *El arbitraje en el derecho costarricense*. San José: Editorial Sapiencia, Editoria Dupas.
- Autexier, Ch. (1997). *Introduction au droit public allemand* [Introducción al derecho público alemán]. Paris: Presses Universitaires de France.
- Auby, J.-M. y Drago R. (1962). *Traité de Contentieux Administratif. Tome premier* [Tratado de Contencioso Administrativo, Tomo Primero]. Paris: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Barona Vilar, S. (1999). *Solución extrajudicial de conflicto. «Alternative dispute resolution» (ADR) y Derecho Procesal*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Barona Vilar, S. (2004), Introducción. En S. Barona Vilar (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)* (pp. 47-73). Madrid: Thomson-Civitas.
- Benda C. (1996). *El Estado Social de Derecho*, en Manual de Derecho Constitucional, edición, prolegomena y traducción de Lopez Pina A., (pp 487-559) Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A..

- Benvenuti F. (1991). *L'arbitrato tra stato e società* [Arbitraje entre Estado y sociedad]. En *Arbitrato e Pubblica Amministrazione*, (p.19-32) Milano: E.G.E.A.
- Bernardo San José, A. (2002). *Arbitraje y jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión*. Granada: Editorial Comares.
- Betancor Rodríguez, A. (1994). *Las administraciones independientes*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Bielsa, R. (1975). *Derecho Administrativo, 5*, Buenos Aires: Roque Depalma Editor.
- Borowski, M (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Bernal Pulido C. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Briseño Sierra, H. (1963). *El Arbitraje en el Derecho Privado*. México: Imprenta Universitaria.
- Bustillo Bolado, R.O (2001). *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, Madrid: Aranzadi.
- Buonfrate, A & Legraude, A. (2001). *L'Arbitrato negli Appalti Pubblici* [El arbitraje en concesiones públicas]. Milano: Giuffrè Editore.
- Caia, G. (1989). *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo. I presupposti e le tendenze* [Arbitraje y modelos arbitrables en el derecho administrativo. Presupuestos y Tendencias]. Milano: Giuffrè.
- Caillosse, J & Hardy, J. (2000), *Droit et modernisation administrative* [Derecho y Modernización Administrativa]. Paris : Documentation Française.

- Calvo Caravaca, A & Fernández de la Gándara, L. (1989). *El arbitraje comercial internacional*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Capitant, D. (2001). *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne* [Los efectos jurídicos de los derechos fundamentales en Alemania] Paris: Librairie Général de Droit et Jurisprudence.
- Cappelletti, M & Garth, B. (1996). *El acceso a la Justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. Traducción de Miranda, M. México: Fondo de Cultura Económica.
- Carlos, E.B. (1963). *Enciclopedia Jurídica OMEBA* (Vol.17, pp.538-546). Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
- Carnelutti, F. (1944). *Sistema de Derecho Procesal Civil*. (p. 44). Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, Argentina: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana.
- Cassese, S. (1989/1994). *Las bases del Derecho Administrativo*. Traducción de Ortega, L. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Chapus, R. (2001). *Droit du contentieux administratif* [Derecho del contencioso administrativo]. Paris: Montchrestian.
- Chillón Medida, J.M. & Merino Merchán, J.F. (1991). *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*. Madrid: Editorial Civitas.
- Chocrón Giráldez, A.M. (2000). *Los principios procesales en el arbitraje*. Sevilla: JMB.
- Clay, T. (2001). *L'arbitre* [El Árbitro] Paris: Editions Dalloz.

- Contreras Vaca, F.J. (1998). *Derecho Internacional Privado. Parte General*. México: Oxford University Press-Harla México S.A. de C.V. Diseño Editorial S.A. de C.V.
- Couture, E.J. (2005). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F.
- Correa Ángel, D.X. (2002). *El arbitraje en el derecho administrativo: una forma de justicia alternativa para un nuevo modelo de Estado*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cremades, B.M. (1979). *Estudios sobre arbitraje*. Madrid: Marcial Pons.
- Darnaculleta i Gardella, M. M. (2005). *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*. Madrid & Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- De Laubadère, A. (1956). *Traité Théorique et pratique des Contracts Administratifs* [Tratado teórico y práctico de los contratos administrativos], 3, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- De Palma Del Teso, Á. (2000). *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Delgado Piqueras, F. (1995). *La terminación convencional del Procedimiento Administrativo*. Madrid: Editorial Aranzadi.
- Desdentado Daroca, E. (1999). *La crisis de identidad del Derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

- Di Bartolomeo, M. (1996). *Microconflittualità e arbitrato obbligatorio. Profili costituzionali* [Microconflictividad y Arbitraje obligatorio. Perfiles constitucionales]. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Díez, M.Ma. (1972). *Derecho Administrativo*, 6, Buenos Aires: Editorial Plus Ultra.
- Díez de Velasco, M. (1983). *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 1, Madrid: Editorial Tecnos.
- Díez-Picazo, L.M. (2005). *Sistema de Derechos Fundamentales*. Madrid: Thomson-Civitas.
- Dromi, J.R. (1991). *Reforma del Estado y privatizaciones*, 3, Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Embid Irujo, A. & Colom Piazuolo, E. (2003). *Comentarios a la Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Navarra: Thomson-Aranzadi.
- Escobar Gil, R. (1994). *La conciliación en el proceso Contencioso Administrativo*, en *La protección jurídica del ciudadano*, 3, Madrid: Civitas.
- Escola, H.J. (1977). *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, 1, Parte General. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Espugles Mota, C. (2004). Artículo 34. Normas aplicables al fondo de la controversia. En S. Barona Vilar (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)* (pp. 99-140). Madrid: Thomson-Civitas.
- Esteve Pardo, J. (2002). *Autorregulación. Génesis y Efectos*. Navarra: Aranzadi.
- Fazzalari, E. (2000). L'arbitrato nell'era della "mondializzazione" [El arbitraje en la era de la mundialización]. En *Estudios en Homenaje al Profesor Enrique Vescovi*. (pp.59-64). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

- Fernández Masiá, E. (2004). *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Fernández de la Gándara, L. & Calvo Caravaca, A.L. (1995). *Derecho Mercantil Internacional: Estudios sobre Derecho Comunitario y del Comercio Internacional*. Madrid: Editorial Tecnos S.A.
- Fernández Montalvo, R. (1996). *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario: La Jurisdicción Contencioso Administrativa ante la revisión de los actos fruto de la transacción entre las partes: Alcance de la actuación revisora. Análisis del artículo 76 del proyecto de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales – Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- Galeote Muñoz M.P. (2006). La Mediación. En *Sistemas de Solución Extrajurisdiccional de Conflictos* (pp. 61-90). Editorial Areces.
- García de Enterría E. & Fernández T.R. (1993). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- García de Enterría E. (1994). *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Alianza Editorial.
- García Morillo, J. (2003). El derecho a la tutela judicial. En *Derecho Constitucional, Vol. I*, (pp.355-377). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Gaspar Lera, S. (1998). *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Pamplona: Aranzadi.
- Gentot, M. (1994). *Les autorités administratives indépendantes* [Las autoridades administrativas independientes]. Paris: Montchrestien.

- Gómez Gene, M. (2005), Artículo 34. Normas aplicables al fondo de la controversia. En D. Arias Lozano (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003* (pp.325-330). Madrid: Thompson-Aranzadi.
- González Navarro, F. (1997). *Derecho administrativo español*, 3, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S.A.
- González Pérez, J. (1987). *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Civitas.
- González Pérez, J. (1990). *La reforma de la Justicia Administrativa*. Madrid: Civitas.
- Gozáini, O.A. (1995). *Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Guasp, J. (1956). *El arbitraje en el Derecho Español*. Barcelona: Bosch.
- Guédon, M.J. (1991). *Les autorités administratives indépendantes*. [Las autoridades administrativas independientes]. Paris: L.G.D.J.
- Gutiérrez Freer, R.J. (1995). *Resolución alternativa de conflictos. «Su implementación en una nación en desarrollo»*. Disertación final como parte del Programa del Master en Sociología Jurídica. 1994-1995 «Global Legal Interactions: a social science perspective», Instituto Internacional de Sociología Jurídica, Oñate, España.
- Habermas, J. (2000). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Editorial Trotta.

- Hesse C. (1996). Significado de los Derechos Fundamentales. En *Manual de Derecho Constitucional, edición, prolegomena y traducción de Lopez Pina A* (pp 83-115). Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- Heyde W. (1996) La Jurisdicción. En *Manual de Derecho Constitucional, edición, prolegomena y traducción de Lopez Pina A*.(pp. 767-822). Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- Hinojosa Segovia R. & Cubillo López I. (2006) El Arbitraje En *Sistemas de Solución Extrajudicial de Conflictos* (pp. 103-162). Editorial Areces.
- Huergo Lora, A. (1998). *Contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Madrid: Civitas.
- Huergo Lora, A. (2000). *La Resolución Extrajudicial de Conflictos en el Derecho Administrativo*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España.
- Jarrosson, Ch. (1987). *La notion d'arbitrage* [La noción de arbitraje]. Paris : Librairie Générale de Droit et Jurisprudence.
- Lambert, P. (2001). L'arbitrage et l'article 6,1° de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (El arbitraje y el artículo 6,1 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre) En *L'arbitrage et la Convention Européenne des Droits de l'Homme* (pp. 9-22). Bruxelles : Bruylant.
- Loperena Rota, D. (2000) La transacción en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Oñati: IVAP.

- López Guerra L., Espín E. García Morillo J., Pérez Tremps P. & Satrustegui M. (2003). *Derecho Constitucional. Volumen I. El Ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- López Pina A. & Gutiérrez Gutiérrez, I. (2002). *Elementos de Derecho Público*. Madrid: Marcial Pons.
- Lorca Navarrete, A. M. (1997). *Manual de Derecho de Arbitraje. Manual teórico práctico de jurisprudencia arbitral española*, Madrid: Dykinson.
- Merino Merchan, F. (1992). El arbitraje privado y la potestad jurisdiccional del Estado. En *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del Siglo XX. Homenaje al Profesor Garrido Falla* (Volúmen II, pp.1069-1078). Madrid: Editorial Complutense.
- Magide Herrero, M. (2000). *Bases constitucionales de las administraciones independientes*. Madrid: Instituto de Administración Pública.
- Mantellini González, P.J. (2000). Del arbitraje a la mediación/conciliación. En *Estudios en Homenaje al Profesor Enrique Vescovi*. (pp.169-193). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Mazeaud, H, L & J. (1976), *Lecciones de Derecho Civil, Parte Primera,1*, Buenos Aires: Ediciones Jurídica Europa-América.
- Menéndez Rexach, A. (1993). Procedimientos Administrativos: finalización y ejecución. En *La Nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (pp. 246-281). Madrid: Editorial Tecnos.
- Merino Merchán, J.F. (2002). *El «equivalente jurisdiccional» en el Derecho público español*, Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales.

- Milano Sánchez, A. (1997). *Ensayos de Derecho Procesal Administrativo*, San José: Editorial Universidad de San José.
- Montero Aroca, J. (2004), Artículo 2. Materias objeto de arbitraje. En S. Barona Vilar (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)* (pp. 99-140). Madrid: Thompson-Civitas.
- Mourre, A. (2001). Réflexions sus quelques aspects du droit à un procès équitable en matière d'arbitrage après les arrêts des 6 novembre 1998 et 20 février 2001 de la Cour de Cassation Française [Reflexiones sobre algunos aspectos del derecho al debido proceso en materia de arbitraje según los fallos de 6 de noviembre 1998 y 20 de febrero de 2001 de la Corte de Casación Francesa] En *L'arbitrage et la Convention Européenne des Droits de l'Homme* (pp. 23-55). Bruxelles : Bruylant.
- Mundate Jaca, L & Martínez Riquelme J.M. (1998/1999). *Conflicto y Negociación*. Madrid: Ediciones Pirámide.
- Munné Catarina, F. (2002). *La administración del arbitraje. Instituciones arbitrales y procedimiento prearbitral*. Navarra: Aranzadi.
- Niño Villamar, C. (1996). *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario: La finalización convencional de los procedimientos administrativos desde la perspectiva del ciudadano*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales – Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- Oppetit, B. (1998). *Théorie de l'arbitrage* [Teoría del arbitraje]. Paris: Presses Universitaires de France.
- Ortiz Ortiz, E. (2000). *Tesis de Derecho Administrativo*, 2, San José: Editorial Stradtman.

- Parada Vásquez, J.R. (1991). *Derecho Administrativo. Parte General, 1*, (3era ed.). Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas.
- Parada Vásquez, J.R. (1992). Actividad administrativa arbitral. En *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del Siglo XX. Homenaje al Profesor Garrido Falla*, 2,(pp. 1173-1197). Madrid: Editorial Complutense.
- Pardo Iranzo, V. (2004), Artículo 44. Normas aplicables. En S. Barona Vilar (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)* (pp. 1521-1554). Madrid: Thomson-Civitas.
- Parejo Alfonso, L. (1995). La terminación convencional del procedimiento administrativo como forma alternativa de desarrollo de la actividad unilateral de la Administración. En *Eficacia y Administración. Tres estudios* (pp.155-213). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Parejo Alfonso, L. et al. (1996). *Manual de Derecho Administrativo, 1*, Madrid: Ariel.
- Parejo Alfonso, L. (2003). *Derecho Administrativo*, Madrid: Ariel.
- Patrikios, A. (1997). *L'arbitrage en matière administrative* [El arbitraje en materia administrativa]. Paris: LGDJ.
- Peces-Barba G. (1994). Escasez y Derechos Humanos. En *Problemas actuales de los derechos fundamentales* (pp. 193-213). Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado.
- Peláez, F. (1987), *La transacción, su eficacia procesal*. Barcelona: Bosch.
- Pérez Luño, A. (1995), *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos.

- Planiol, M (1915), *Traité Élémentaire de Droit Civil* [Tratado Elemental de Derecho Civil]. Paris : LGDJ.
- Podestá Costa L.A. & Ruda J.M. (1979). *Derecho internacional público*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.
- Presno Linera, M.A. (2004). La estructura de las normas de derechos fundamentales En *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978* (pp. 45-56). Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.).
- Richer, L. (2004). *Droit des contrats administratifs* [Derecho de los contratos administrativos]. Paris : LGDJ.
- Ristuccia, S. (1991). Perché arbitrato e pubblica amministrazione [Por qué arbitraje y administración pública]. En *Arbitrato e Pubblica Amministrazione* (pp. 1-17). Milano: E.G.E.A.
- Rivero Ortega, R. (2000). Repensando el estado de derecho: el arbitraje administrativo como alternativa al colapso jurisdiccional en el control de la Administración. En *El Derecho Administrativo en el umbral del Siglo XXI, Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo, 2*, (pp. 2487-2497). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rivero Sánchez, J.M. (1997). *Quo Vadis Derecho del Consumidor*, Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE.
- Rivero Sánchez, J.M. (2001a). *Constitución, Derechos Fundamentales y Derecho Privado*, Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE.
- Rivero Sánchez, J.M. (2001b). *Responsabilidad Civil*, Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE.

- Robert, J. (1996). *Droits de l'homme et libertés fondamentales* [Derechos del Hombre y libertades fundamentales]. Paris: Montchrestien.
- Rosa Moreno, J. (1998). *El arbitraje administrativo*. Madrid: McGraw-Hill.
- Ruiz Ojeda, A. (1999). *Dominio Público y Financiación Privada de Infraestructuras y Equipamientos, Un estudio del caso francés y análisis comparativo de la reciente regulación española*. Madrid: Servicio de Publicaciones Universidad de Málaga, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A..
- Sáenz Carbonell, J. (1985). *El despertar constitucional*. San José: Libro Libre.
- Santamaría Pastor, J.A. (2004). Los controles sobre la actuación de las Administraciones Públicas En *Estudios para la reforma de la Administración Pública* (pp. 179-214). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Salvador Martínez, M. (2002). *Autoridades independientes*. Barcelona: Ariel.
- Schmidt-Assmann, E. (1998/2003). *La teoría general del derecho administrativo como sistema* Traducción de Bacigalupo, M; Barnés, J.; García Luengo, J.; García Macho, R.; Huergo, A.; Rodríguez de Santiago, J.M.; Rodríguez Ruiz, B.; Valencia, G.; Velasco, F, Madrid: INAP-Marcial Pons.
- Scoca, F.G. (1991). La capacità della pubblica amministrazione di compromettere in arbitri.[La capacidad de la administración pública de comprometerse en arbitraje] En *Arbitrato e Pubblica Amministrazione* (pp. 95-110). Milano: E.G.E.A.
- Solana Río, (E). (2006). *Administración de Justicia*, San José: Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible.

- Stanley, L.E. (2004). *Acuerdos bilaterales de inversión y demandas ante tribunales internacionales: la experiencia argentina reciente*, Santiago de Chile: CEPAL.
- Tamayo Haya, S. (2003). *El contrato de transacción*. Madrid: Thomson-Civitas.
- Tarigo, E.E. (1998), *Lecciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, 2, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Teitgen-Colly, C. (1988). Les autorités administratives indépendentes: histoire d'une institution. [Las autoridades administrativas independientes: historia de una institución]. En *Les autorités administratives indépendentes*. (pp.21-74). Paris: Presses Universitaires de France.
- Teubner, J. (1996). *Droit et réflexivité* [Derecho y reflexividad]. Paris : L.G.D.J & Bruylant.
- Trayter, J.M. (1995). *El Arbitraje en el Derecho Administrativo tras la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: nuevas perspectivas*. Oñate: IVAP.
- Verdera Server, R. (2004). Artículo 9, numerales I a X. Del Convenio Arbitral y sus Efectos. En S. Barona Vilar (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)* (pp. 99-140). Madrid: Thomson-Civitas.
- Vigo, R.L. (1993). *Interpretación constitucional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Vives Chillida, J.A. (1998). *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativo a Inversiones (CIADI)*. Madrid: Mc Graw Hill.
- Zornoza. JJ. (1994). Los Derechos Humanos y el Problema de la Escasez. En *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, (pp. ) Madrid: Instituto

de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III,  
Boletín Oficial del Estado.

Zwanck, C.A. (1961). *Enciclopedia Jurídica OMEBA* (Vol. 14, pp.987-989). Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.

#### **IV.- NORMATIVA**

##### **1.- Constituciones Políticas**

*Constitución de Cádiz* de 19 de marzo 1812.

*Constitución Girondina* de 3 de septiembre de 1791.

*Constitución Política de la República de Colombia* de 6 de julio de 1991.

*Constitución Política de la República de Honduras* de 11 de enero de 1982.

*Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela* de 17 de noviembre de 1999.

##### **2.- Tratados Internacionales**

*Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extrajetas*, aprobada por Ley No. 6157 del 15 de noviembre de 1977.

*Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADRI) entre Estados y Nacionales de otros Estados*, aprobado mediante Ley No. 7332, "La Gaceta No. 72 del 16 de abril de 1993".

*Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, Anexo 2, entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, “La Gaceta No. 245, Alcance 40 del 26 de diciembre de 1994.”*

### **3.- Leyes**

*Ley de Seguros de Monopolio de Seguros y del Instituto Nacional de Seguros, No. 12 de 30 de octubre de 1924, reformado por la Ley No. 5279 de 27 de julio de 1973.*

*Ley Orgánica del Servicio Consular, No. 46-A de 7 de julio de 1925 .*

*Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, No. 1860 de 21 de abril de 1955.*

*Ley Orgánica del Consejo Nacional de Producción, No. 2035 de 17 de julio de 1956.*

*Ley General de Administración Pública, No. 6227 de 2 de mayo de 1978.*

*Código Procesal Civil, No. 7130 de 3 de noviembre de 1989.*

*Ley de la Jurisdicción Constitucional, No. 7135 19 de octubre de 1989.*

*Ley Orgánica del Poder Judicial, No. 7333 de 1 de julio de 1993.*

*Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, No. 7472 de 19 de enero de 1995.*

*Ley de Contratación Administrativa, No. 7494 de 8 de junio de 1995.*

*Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), No. 7593 de 5 de setiembre de 1996.*

*Ley de Reorganización del Poder Judicial*, No. 7728 del 26 de diciembre de 1997.

*Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y de la Paz Social*, No. 7727 de 14 de enero de 1998.

*Ley General de Concesión de Obras Públicas y Servicios Públicos*, No. 7762 de 22 de mayo de 1998.

Congreso Español. *Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres*, No.16/1987 de 30 de julio de 1987.

Congreso Español. *Ley General de Telecomunicaciones*, No.11/1998 de 3 de noviembre de 1998.

Congreso Español. *Ley de Arbitraje*, No.60/2003 de 23 de diciembre de 2003.

### **3.- Decretos Ejecutivos**

*Reglamento de la Ley Orgánica del Colegio de Biólogos de Costa Rica*, No. 39 de 20 de mayo de 1970.

*Reglamento Interior General Colegio Federado Ingenieros y Arquitectos*, No. 3414 de 13 de diciembre de 1973.

*Reglamento del Colegio de Geólogos*, No. 6419 de 6 de noviembre de 1976.

*Reglamento Ley del Colegio Federado de Químicos e Ingenieros Químicos*, No. 11275 de 21 de marzo de 1980. (derogado, ver nuevo reglamento).

*Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor*, No. 25234 de 1 de julio de 1996.

*Reglamento a la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos*, No. 24611 de 24 de octubre de 1995 y reformada mediante *Decreto Ejecutivo No. 26882* de 4 de mayo de 1998.

*Reglamento a la Ley Orgánica del Consejo Nacional de Producción*, No. 26639 de 3 de febrero de 1998.

*Reglamento para los Contratos de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios*, No. 26801 de 31 de marzo de 1998.

*Reglamento al Código de Minería*, No. 29300 de 16 de marzo de 2001.

Decreto Ejecutivo que *Autoriza al Gobierno a someter a Procedimiento de Arbitraje de Derecho, las Pretensiones de carácter Patrimonial de la Sociedad de esta plaza S.A. Toro Rojo, que existan pendientes de resolución*, No. 29417 de 16 de abril de 2001.

*Reglamento a la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP)*, No. 29732 de 29 de agosto de 2001.

Decreto Ejecutivo que *Autoriza al Gobierno de Costa Rica para someter a procedimiento de arbitraje las pretensiones de carácter patrimonial de la Sociedad de esta plaza S.A Toro Rojo*, No. 29886 de 19 de octubre de 2001.

*Reglamento de Conciliación de la Cámara de Comercio de Costa Rica*, de 24 de noviembre de 1999.

*Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur le contrat de partenariat*, JO, 19 juin 2004 (France).

#### **4.- Proyectos de Ley**

Asamblea Legislativa, proyecto de Reforma Parcial de la Ley No. 7762 Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, Expediente Legislativo No. 15.922.

Asamblea Legislativa, proyecto de Ley Reguladora del Mercado de Seguros, Expediente Legislativo No. 16.305.

Asamblea Legislativa, proyecto de Ley General de Telecomunicaciones, Expediente Legislativo No. 16.398, publicado en La Gaceta No. 208 del 31 de octubre del 2006.

#### **V.- JURISPRUDENCIA**

##### **1.- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia**

*Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*, No. 1027, de 17 H.30 de 29 de agosto de 1990.

*Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*, No. 2173, de 9 H.35 de 25 de octubre de 1991.

*Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*, No. 1696, de 15 H.30 de 23 de agosto de 1992.

*Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*, No. 3550, de 16 H de 16 de noviembre de 1992.

*Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*, No. 1276, de 15 H.12 de 24 de marzo de 1993.

*Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*, No. 6701, de 15 H.6 de 21 de diciembre de 1993.

*Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*, No. 7261, de 8 H.30 de 9 de diciembre de 1994.

*Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*, No. 1422, de 16 H.27 de 15 de mayo de 1995.

*Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*, No. 2307, de 16 H de 9 de mayo de 1995.

*Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*, No. 4387, de 15 H.39 de 8 de agosto de 1995.

*Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*, No. 7044, de 10 H.9 de 24 de diciembre de 1996.

*Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*, No. 879, de 16 H.21 de 11 de febrero de 1998.

*Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*, No. 00108 de 10 H.21 de 9 de enero de 1998.

*Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*, No. 4363, de 15 H.45 de 4 de junio de 1999.

*Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*, No. 4701, de 9 H.45 de 9 de junio de 2000.

*Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*, No. 6045, de 11 H.6 de 14 de julio de 2000.

*Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*, No. 10352, de 11 H.6 de 14 de julio de 2000.

*Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*, No. 4305, de 14 H.55 de 14 de mayo de 2002.

*Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*, No. 10435, de 14 H.56 de 5 de noviembre de 2002.

*Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*, No. 2999, de 14 H.45 de 16 de marzo de 2005.

*Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*, No. 3669, de 15 H de 15 de marzo de 2006.

*Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*, No. 12405, de 10 H.7 de 25 de agosto de 2006.

## **2.- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia**

*Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia*, No. 594-F-00, de 11 H.40 de 18 de agosto de 2000.

*Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia*, No. 662-F-00, de 14 H.45 de 8 de setiembre de 2000.

*Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia*, No. 00210-F-2001, de 15 H de 9 de marzo de 2001.

*Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia*, No. 791-F-01, de 15 H.35 de 5 de octubre de 2001.

*Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia*, No. 000806-F-01, de 16 H.35 de 10 de octubre de 2001.

*Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia*, No. 000886-F-02, de 16 H.30 de 13 de noviembre de 2002.

*Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia*, resolución No. 484-F-2003, de las diez horas treinta minutos del doce de agosto del año dos mil tres.

*Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia*, No. 000906-A-04, de 9 H.40 de 21 de octubre de 2004.

*Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia*, No. 253-C-05, de 8 H.40 de 28 de abril de 2005.

*Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia*, No. 000333-F-2005, de 11 H.10 de 20 de mayo de 2005.

*Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia*, No. 000343-A-05 de 9 H.45 de 26 de mayo de 2005.

*Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia*,.No. 000616-F-2005 de 10 H.30 de 25 de agosto de 2005.

*Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia*, No. 685-F-2005, de 15 H.15 de 22 de setiembre de 2005.

*Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia*, No. 000743-F-2005 de 11 H.15 de 12 de octubre de 2005.

*Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia*, No. 000943-F-2005 de 14 H.40 de 7 de diciembre de 2005.

*Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia*, No. 1030-F-2005 de 9 H.40 de 23 de diciembre de 2005.

*Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia*, No. 136-F-2006 de 8 H de 16 de marzo de 2006.

*Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia*, No. 000175-F-2006 de 9 H.53 de 23 de marzo de 2006.

*Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia*, No. 000176-F-2006 de 9 H.55 de 23 de marzo de 2006.

### **3.- Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia**

*Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia*, No. 0170-99 de 9 H.45 de 18 de junio de 1999.

*Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia*, No. 0772-2003 de 14 H.40 de 11 de diciembre de 2003.

### **4.- Tribunal Contencioso Administrativo**

*Tribunal Contencioso Administrativo*, Sección Segunda, No. 232, de 12 H. de 17 de julio de 2002.

### **5.- Consejo de Estado francés**

*Conseil d'Etat*, avis du 6 mars 1986.

*Conseil d'Etat, Assemblée, 6 décembre 2002, Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haÿ-les-Roses et société CDI 2000.*

#### **4.- Corte Constitucional Italiana**

*Corte Constitucional Italiana. No.35 de 2 de mayo de 1958.*

*Corte Constitucional Italiana. No. 62 de 22 de mayo de 1968.*

*Corte Constitucional Italiana. No. 127 de 14 de julio de 1977.*

*Corte Constitucional Italiana. No. 488 de 27 de diciembre de 1991.*

*Corte Constitucional Italiana.No. 49 de 2 de febrero de 1994.*

#### **5.- Tribunal Constitucional Español**

*Tribunal Constitucional Español, STC 43/1988. 16 de marzo de 1988.*

*Tribunal Constitucional Español, STC 223/1988. 24 de noviembre de 1988.*

*Tribunal Cosntitucional Español, ATC 259/1993. 20 de julio de 1993.*

*Tribunal Constitucional Español, STC 174/1995. 23 de noviembre de 1995.*

*Tribunal Constitucional Español, STC 75/1996. 30 de abril de 1996.*

### **VI.- PRONUNCIAMIENTOS ADMINISTRATIVOS**

#### **1.- Contraloría General de la República**

*Contraloría General de la República; oficio No. 7495 (DAJ-1541), de 14 de julio de 1998.*

*Contraloría General de la República*, oficio No. 3882 (DGCA-451-99), de 19 de abril de 1999.

*Contraloría General de la República*, oficio No. 01745 (DAGJ-280-2000), de 24 de febrero de 2000.

*Contraloría General de la República*, oficio No. 10651 (DAGJ-2510-2000), de 11 de octubre de 2000.

*Contraloría General de la República*, oficio No. 00691 (DI-AA-2001), de 22 de enero de 2001.

*Contraloría General de la República*, oficio No. 01239 (DI-AA-345), de 06 de febrero 2001.

*Contraloría General de la República*, oficio No. 2324 (DI-AA-605), de 05 de marzo de 2001.

*Contraloría General de la República*, oficio No. 05130 (DI-AA-1258), de 14 de mayo de 2001.

*Contraloría General de la República*, oficio No. 066665 (DI-AA-1667), de 18 de junio de 2001.

*Contraloría General de la República*, oficio No. 06964 (DI-AA-1737), de 25 de junio del 2001.

*Contraloría General de la República*, oficio No. 07168 (DI-AA-1793), del 28 de junio de 2001.

*Contraloría General de la República*, oficio No. 00532 (DI-AA-168), de 18 de enero de 2002.

*Contraloría General de la República*, oficio No. 01068 (DI-AA-288), de 01 de febrero de 2002.

*Contraloría General de la República*, oficio No. 02004 (DI-AA-1006), de 01 de febrero de 2002.

*Contraloría General de la República*, oficio No. 01749 (DI-AA-489), de 20 de febrero de 2002.

*Contraloría General de la República*, oficio No. 04538 (DI-AA-1255), de 23 de abril de 2002.

*Contraloría General de la República*, oficio No. 05045 (DI-AA-1400), de 07 de mayo de 2002.

*Contraloría General de la República*, oficio No. 06970 (DI-AA-1872), de 17 de junio de 2002.

*Contraloría General de la República*, oficio No. DFOE-PO-1/203, de 5 de marzo de 2003.

*Contraloría General de la República*, oficio No. 03839 (DI-AA-966), de 21 de abril de 2003.

*Contraloría General de la República*, oficio No. 04622 (DI-AA-1125), de 07 de mayo de 2003.

*Contraloría General de la República*, oficio No. 05800 (DI-AA-3333), de 03 de junio de 2003.

*Contraloría General de la República*, oficio No. 06044 (DI-AA-1382), de 09 de junio de 2003.

*Contraloría General de la República*, oficio No. 08309 (DI-AA-1864), de 07 de agosto del 2003.

*Contraloría General de la República*, oficio No. 08619 (DI-AA-1929), de 07 de agosto de 2003.

*Contraloría General de la República*, oficio No. 08944 (DAGJ-1116-2003), de 14 de agosto de 2003.

*Contraloría General de la República*, oficio No. 00243 (DI-AA-0069), de 19 de enero de 2004.

*Contraloría General de la República*, oficio No. 03262 (DI-AA-0687), de 14 de abril de 2004.

*Contraloría General de la República*, oficio No. 05992 (DI-AA-1153), de 02 de junio de 2004.

*Contraloría General de la República*, oficio No. 6025 (FOE-FEC-319), de 03 de junio de 2004.

*Contraloría General de la República*, oficio No. 06810 (DI-AA-1285), de 21 de junio de 2004.

*Contraloría General de la República*, oficio No. 08545 (DI-AA-1613), de 27 de julio de 2004.

*Contraloría General de la República*, oficio No. 08899 (DI-AA-1679), de 09 de agosto de 2004.

*Contraloría General de la República*, oficio No. 12600 (DI-AA-2350), de 15 de octubre de 2004.

*Contraloría General de la República*, oficio No. 12601 (DI-AA-2350), de 15 de octubre de 2004.

*Contraloría General de la República*, oficio No. 00379 (DI-AA-0081), de 10 de enero de 2005.

*Contraloría General de la República*, oficio No. 00619 (DI-AA-0112), de 20 de enero de 2005.

*Contraloría General de la República*, oficio No. 01307 (DI-AA-0235), de 7 de febrero de 2005.

*Contraloría General de la República*, oficio No. 01423 (DI-AA-0267), de 08 de febrero de 2005.

*Contraloría General de la República*, oficio No. 00147 (DI-AA-0039), de 17 de febrero de 2005.

*Contraloría General de la República*, oficio No. 04281 (DI-AA-0740), de 18 de abril de 2005.

## **2.- Procuraduría General de la República**

*Procuraduría General de la República*, dictamen No. 098 del 13 de junio de 1997.

*Procuraduría General de la República*, dictamen No. 089, del 10 de mayo de 1999.

*Procuraduría General de la República*, dictamen No. 196, del 5 de octubre de 1999.

*Procuraduría General de la República*, opinión jurídica No. 124, del 1 de noviembre de 1999.

*Procuraduría General de la República*, dictamen No. 253, del 22 de diciembre de 1999.

*Procuraduría General de la República*, dictamen No. 111, del 16 de abril de 2001.

*Procuraduría General de la República*, opinión jurídica No. 080, de 30 de junio de 2004

## **VII.- CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Contrato para la Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios prestados en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, (2000), San José.

Contrato de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos Carretera San José-Caldera, originado en la Licitación Pública Internacional No. 01-98 con precalificación de empresas, (2001), San José.

Contrato de Concesión de Obra Pública con Servicio Público de la Terminal Granelera Puerto Caldera, originado en la Licitación Pública Internacional No. 03-2001, (2001), San José.

Contrato de Prestación de Servicios para la Creación y Funcionamiento de Estaciones para la Revisión Técnica Vehicular, celebrado entre el Consejo de Transporte Público y el Consorcio Riteve-SyC, integrado por las empresas Trasal S.A. y Supervisión y Control S.A. (2001), San José.

Contrato de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos Corredor San José-San Ramón, originado en la Licitación Pública Internacional No. 03-2002 con precalificación de empresas, (2004), San José.

## **VIII.- OFICIOS ADMINISTRATIVOS**

Secretaría Ejecutiva del Consejo de Concesiones, Ministerio de Obras Públicas y Transportes, Oficio No. 2005-0074 del 24 de febrero de 2005.